UNIVERSITÉ DE DIJON. — FACULTÉ DE DROIT

RESPONSABILITÉ CIVILE

DU

TIERS COMPLICE

DE LA

Violation d'une Obligation contractuelle

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences Juridiques)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

le mercredi 13 juillet 1910, à 1 heure 1/2

PAR

Pierre HUGUENEY

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE DIJON

PREMIER SECRÉTAIRE DE LA CONFÉRENCE DES AVOCATS

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT

Président : M. E. GAUDEMET, *professeur*.

Suffragants : MM. DESSERTEAUX, *professeur*.
LOUIS-LUCAS, *professeur*.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1910

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE DIJON. — FACULTÉ DE DROIT

RESPONSABILITÉ CIVILE

DU

TIERS COMPLICE

DE LA

Violation d'une Obligation contractuelle

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences Juridiques)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

le mercredi 13 juillet 1910, à 1 heure 1/2

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

PAR

Pierre HUGUENEY

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE DIJON
PREMIER SECRÉTAIRE DE LA CONFÉRENCE DES AVOCATS
LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT

Président : M. E. GAUDEMET, *professeur*.

Suffragants : MM. DESSERTEAUX, *professeur*.
LOUIS-LUCAS, *professeur*.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1910

INTRODUCTION

EXPOSÉ DU PROBLÈME. — SON INTÉRÊT THÉORIQUE. — SON INTÉRÊT PRATIQUE. — MÉTHODE ET PLAN.

Responsabilité civile du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle, la formule semble énigmatique ; l'idée, pour qui l'aperçoit, contestable et troublante. Expliquons la formule, nous verrons ensuite si l'idée mérite qu'on s'y arrête.

Un débiteur, de mauvaise foi, viole l'obligation qu'il a contractée : ce débiteur assurément est responsable, responsable civilement, si même il ne l'est pas pénalement. Mais imaginons qu'il l'ait violée à l'instigation ou avec l'aide d'un tiers complice, ce tiers complice, à supposer que le fait du débiteur ne constitue pas un délit pénal, pourra-t-il, en sa seule qualité de complice de la violation d'une obligation contractuelle, être déclaré lui aussi responsable civilement vis-à-vis du créancier des conséquences de l'inexécution dolosive de l'obligation ?

Posez la question aux juristes, la plupart semblent n'y avoir jamais réfléchi, et leur embarras sera grand quand ils voudront y répondre. Quelques-uns pourtant, mieux renseignés ou plus hardis, la trancheront du premier coup, mais ils ne la trancheront pas tous dans le même sens.

Quelle hérésie juridique ! s'exclameront les uns. Comment poursuivre un tiers quand un contrat a été violé ? « Les conventions, dit l'article 1165 du Code civil, n'ont

d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers. » Une convention nuirait au tiers si elle lui enlevait la liberté de pousser ou d'aider un contractant à violer le contrat qu'il a passé (1).

Déclarer le tiers responsable, c'est, affirmeront les autres, une solution qui ne soulève pas de difficulté et qui ne méritait vraiment pas une étude spéciale. Il n'y a là qu'une application évidente des principes généraux. Le tiers qui sciemment aide un débiteur à violer l'obligation contractée lèse les intérêts du créancier,il porte « atteinte au droit d'autrui. Quelle que soit l'origine de ce droit, qu'il résulte d'un contrat ou de la loi elle-même, il doit être également respecté. Quiconque le méconnaît devient responsable du préjudice causé par sa violation, tel est le principe général édicté par l'article 1382 » (2).

C'est ainsi que, taxé de révolutionnaire par les uns, pour vouloir, aux yeux des autres, qu'on nous pardonne l'expression, enfoncer une porte ouverte, nous avons entrepris cette étude, étude souvent difficile à cause de la pénurie des documents, mais étude toujours vivante, intéressante aussi bien au point de vue théorique qu'au point de vue pratique.

Au point de vue théorique, la question que nous examinons touche à plusieurs des problèmes fondamentaux du droit privé.

D'abord, à la distinction fameuse des droits réels et des

(1) V. en particulier : Lallier, note sous Toulouse, 15 novembre 1904, *Annales de la propriété industrielle*, 1906, p. 137.

(2) Lacour, note sous Cass., 8 novembre 1904, D. 1906.I.489. — Cf. notes anonymes sous Cass., 27 mai 1908, S. 1910.I.118 et 8 novembre 1904, S. 1910.I 119.

droits personnels. Est-il vrai que le droit personnel, le droit de créance, à la différence du droit réel, ne soit en aucune façon à l'abri des atteintes des tiers ? Faut-il, comme on l'a parfois tenté, construire entre les droits réels et les droits personnels une catégorie intermédiaire de droits mixtes, opposables aux tiers au moins dans certaines conditions et sous certaines réserves, ou bien cette catégorie de droits mixtes ne serait-elle qu'une illusion ? Les auteurs qui ont pensé les apercevoir auraient-ils, comme ces captifs enchaînés dont parle quelque part Platon, cru voir au fond de la caverne du droit des réalités alors qu'ils ne voyaient que des ombres ? Et, si ces droits mixtes ne sont que des ombres, ne pourrions-nous pas du moins découvrir pourquoi, aux yeux de certains, ces ombres se sont parfois profilées ?

Une autre difficulté, nous l'avons déjà laissé pressentir, devra être également étudiée. Dès l'abord nous avons rencontré une objection à l'élaboration de notre théorie, objection tirée de l'effet relatif des conventions. Y a-t-il là un obstacle insurmontable ? C'est un point que forcément nous devrons examiner. Or, cette question, nous ne pourrons la résoudre qu'après avoir nettement défini la portée de l'article 1165 du Code civil. Le champ d'application de cette disposition est aujourd'hui encore fort mal délimité ; à cause de son imprécision même, elle apparaît à beaucoup singulièrement gênante ; «de plus en plus, a-t-on dit, on arrivera à... limer ce principe étroit de l'article 1165 (1) » Nous aurons à rechercher si, au lieu de le limer, il ne suffirait pas d'en tracer clairement les contours, si, au lieu d'entreprendre de démolir cet obstacle, il ne suffirait pas de l'éviter en soustrayant au domaine contractuel la responsabilité du tiers.

(1) Demogue, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1907, p. 97.

Mais alors surgit un problème peut-être encore plus grave, celui de la distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle. Le débiteur qui viole l'obligation qu'il a contractée commet-il une faute contractuelle, se rend-il au contraire coupable d'une faute délictuelle ? Question en ces dernières années fort débattue et sur laquelle il semble qu'il ne reste plus aujourd'hui rien à dire. Nous essayerons cependant de montrer qu'on ne l'a point encore envisagée sous toutes ses faces et qu'elle présente au point de vue de la responsabilité du tiers complice un intérêt qu'en France du moins on ne paraît pas avoir jusqu'à présent aperçu.

Si maintenant, délaissant ces hauts sommets, sommets toujours un peu brumeux de la pure spéculation juridique, nous nous abaissons aux réalités de la vie courante, si nous envisageons la question sous son aspect pratique, elle ne semble pas offrir un moindre intérêt.

Ici cependant une objection vient immédiatement à l'esprit. Comment, nous dira-t-on non sans quelque ironique scepticisme, cette question que vous affirmez si pratique a-t-elle pu attendre si tard pour se présenter ? Comment, au lieu de s'être depuis longtemps imposée à l'attention des juristes, est-elle actuellement encore confinée dans quelques décisions de la pratique, reléguée par les auteurs dans quelques notes de jurisprudence (1) ?

A cela nous répondrons d'abord que si l'idée n'a été que récemment mise au jour par la doctrine, elle a été, dans certaines de ses applications du moins, fort anciennement

(1) V. outre les notes de MM. Lallier et Lacour précitées, quelques observations de M. Demogue, dans : *Rev. trim.*, 1905, p. 330, et 1906, p. 158, 163, 896.

consacrée par nos tribunaux. Mais, comme il arrive souvent, ces décisions sont restées inaperçues, emprisonnées tant bien que mal dans d'autres constructions juridiques. Ces solutions, aujourd'hui acquises, il sera intéressant de les reprendre, de les remettre au creuset, de les examiner à travers la notion de responsabilité civile du tiers. En les étudiant sous ce nouvel aspect, peut-être parviendrons-nous à éclairer certains points demeurés obscurs, peut être pourrons-nous jeter une note nouvelle dans certaines matières depuis longtemps étudiées en doctrine aussi bien qu'en jurisprudence. Sur la pierrre de touche de cette théorie, nous éprouverons les solutions reçues au cas de transcription immobilière ainsi que celles admises en ce qui touche le transfert de propriété mobilière ; à la lueur de ce système, nous parcourrons le domaine de la cession de créance et celui des promesses de vente, nous vérifierons certains résultats acquis à propos du mandat et du louage ; pénétrant sur le terrain des clauses d'inaliénabilité, nous essaierons de justifier et de compléter certaines théories proposées.

A côté de ces hypothèses anciennes, anciennement étudiées, il en est d'autres qui, bien qu'également anciennes et fort pratiques, ne semblent avoir jamais attiré, comme elles le méritent, l'attention des juristes. Supposons qu'il soit arrivé à une maîtresse de maison une de ces petites infortunes qui défraient parfois la conversation des salons : elle s'est vu enlever sa cuisinière par une de ses amies ; aura-t-elle au moins la ressource de faire sanctionner la trahison de son amie par des dommages-intérêts ? C'est un aspect particulier de cette question plus générale du débauchage qui, semble-t-il, n'a jamais jusqu'ici fait en France l'objet d'aucune étude.

Enfin le droit, cette « étoffe embobinée sur le gigantes-

que cylindre de la Destinée»(1),dans son « état perpétuel de devenir (2) » a eu récemment à se préoccuper d'hypothèses nouvelles où ce problème de la responsabilité civile du tiers complice s'est posé cette fois sous une forme beaucoup plus nette. Nous songeons ici aux clauses de non-concurrence ; nous faisons allusion surtout à ces interdictions de vendre au-dessous d'un certain prix que de plus en plus fréquemment les fabricants imposent aux intermédiaires. Le détaillant qui, en connaissance de cause, aide l'intermédiaire à violer la défense stipulée par le fabricant, engage-t-il sa responsabilité ? La doctrine n'a guère eu le temps d'y réfléchir ; la jurisprudence elle-même, aussi bien en France (3) qu'en Belgique (4), hésite encore sur le parti à prendre.

La question de responsabilité civile du tiers complice présente donc un intérêt pratique, sous certaines de ses formes, nous dirions volontiers, un intérêt d'actualité. Mais si aujourd'hui déjà son importance nous paraît indéniable, elle est, croyons-nous, appelée dans l'avenir à un essor encore beaucoup plus considérable. De jour en jour, aussi bien en France qu'à l'étranger, les actions en responsabilité engagées contre des tiers se multiplient ; on arrive à les atteindre dans des cas où « il y a quelque trente ans on n'eût certainement pas condamné (5) ». Les hypothèses où

(1) Picard, *Le droit pur*, 1899, p. 290.

(2) Picard, *ibid.*

(3) Toulouse, 15 novembre 1904, D. 1905.II.394. — Cf. Trib. com. Seine, 13 novembre 1909, *Ann. prop. ind.*, 1910, p. 77.

(4) Trib. com. Liège 13 juillet 1907, *Pasicrisie*, 1907.III.335 ; Liège, 31 octobre 1908, *Pas.*, 1908.II.254, D. 1910.II.54 ; *Ann. prop. ind.*, 1910, p. 71 ; Trib. com. Bruxelles, 24 mai 1909, *Pas.*, 1909 III.237 ; Bruxelles, 29 juillet 1909, *Pas.*, 1909.II.362 ; Trib. com. Liège, 10 janvier 1910, *Pas.*, 1910.III.87.

(5) Capitaine, *Lettre de Belgique, Propriété industrielle*, 1908, p. 161.

on a intenté contre eux des poursuites ont été si fréquentes qu'on a pu dire « que bientôt les profanes seront fondés à croire qu'on ne peut aujourd'hui éprouver un dommage sans aussitôt se demander contre qui sera exercée l'action en responsabilité (1) ». Certains recours, ouverts contre eux par la loi, n'avaient jamais été employés jusqu'à ces dernières années ; on les a fait sortir de l'oubli où ils sommeillaient. L'action donnée contre le subrogé tuteur qui a omis de faire inscrire l'hypothèque légale du mineur, prévue par l'article 2137 du Code civil, était demeurée lettre morte ; la pratique récente commence à en fournir des exemples (2). « Nous sommes peut-être là, à en croire M. Planiol, à la veille d'un changement dans les habitudes (3). » En dehors de toute disposition législative, des tiers ont été inquiétés dans les conditions les plus variées, parfois même les plus inattendues. Des notaires inspecteurs, désignés par la chambre de discipline pour vérifier la comptabilité de leurs confrères, la chambre de discipline elle-même, ont été poursuivis par des personnes qui prétendaient avoir eu à souffrir de leur négligence dans la vérification des comptes d'un notaire (4). Des sociétés d'assurances italiennes, pour faire cesser la concurrence qu'elles se faisaient en s'enlevant réciproquement leurs meilleurs employés, avaient passé une convention par laquelle elles s'interdisaient d'engager à l'avenir un employé sortant d'une maison concurrente sans l'autorisation de la compagnie

(1) Otto Haase, § 823, *Abs. I. B. G. B.* : *Fällt die Obligation unter ein « sonstiges Recht »* ? Inaugural Dissertation, Bonn, 1906, p. 49.

(2) Cass., 12 décembre 1898, D. 99.I.305, S. 99.I.333.

(3) Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 3e éd., t. II, n° 2993, p. 939.

(4) V. note Charmont, sous Cass., 15 avril 1908 et 1er juillet 1909, S. 1910.I.97.

quittée. Un employé, s'étant vu refuser cette autorisation, assigna en dommages intérêts la société récalcitrante, et ces poursuites furent approuvées par un des plus éminents commercialistes italiens, M. Sraffa (1). Veut-on des exemples peut-être encore plus curieux de cette tendance actuelle à inquiéter les tiers ? La Cour de Paris (2) a condamné à des dommages-intérêts un directeur de théâtre qui avait confié des rôles à une femme mariée malgré l'interdiction du mari. Un arrêt de la Chambre des requêtes du 2 février 1910 (3) a décidé que commet une faute engageant sa responsabilité pécuniaire la maîtresse d'un homme marié qui tente de soustraire celui-ci au paiement d'une pension alimentaire envers sa femme en déclarant mensongèrement que son amant habite dans une chambre située en dehors de son appartement et où ne se trouvent que des objets sans valeur. Quelques jours plus tard, un jugement du tribunal de la Seine consacrait une thèse qui paraît encore plus hardie. Il déclarait que les honoraires d'un médecin, s'ils ne sont pas payés par le malade, sont dus par le locataire de l'appartement où le médecin a été appelé à exercer son art. Devant de pareilles solutions la presse quotidienne elle-même s'est émue. Nous n'en voulons pour preuve que cette boutade d'un humoriste (4), à l'occasion du jugement de la Seine que nous venons de signaler : « Comme l'amitié n'est le plus souvent de nos jours qu'une superficielle mon-

(1) Sraffa, *Contratti a danno dei terzi*, *Rivista di diritto commerciale*, 1903, I, p. 453. — V. aussi la réponse de M. Perozzi, même revue, 1904, I, p. 64-66 et la réplique de M. Sraffa, *ibid.*, p. 66-68.

(2) Paris, 4 mars 1903, S. 1903.II.168, D. 1903.II 144.

(3) D. 1910, *Chronique*, p. 13 ; S. 1910, *Bulletin des Sommaires*, I, p. 18 ; *Gaz. Pal.*, 12 mai 1910.

(4) Clément Vautel, *Propos d'un Parisien*, dans *Le Matin* du 7 février 1910.

danité, il ne fera pas bon se trouver mal à un dîner, à un thé, à une réception quelconque. Car aussitôt le maître de la maison, mal renseigné sur votre solvabilité, dira à ses domestiques : « Monsieur manque d'air... Transportez-le vivement sur un banc du square voisin ! »

Ce n'est là qu'une boutade, mais cette boutade indique avec un singulier relief combien deviennent aujourd'hui troublantes ces questions de responsabilité civile du tiers, combien aussi elles tendent à préoccuper l'opinion.

Poussant dans le passé certaines de ses racines profondes, se couvrant dans le présent d'une frondaison nouvelle, appelée enfin dans l'avenir à porter des fruits nombreux, telle nous est apparue cette étude. C'est dans cet esprit que nous l'avons entreprise : à la fois pour contrôler et au besoin rectifier certaines solutions anciennement établies, pour résoudre certains problèmes de l'heure actuelle et aussi peut-être pour essayer de répondre par avance à certaines questions que demain verra se poser.

Nous étions, on le voit, pour une assez large part en présence d'un domaine à peu près inexploré. Il fallait, pour s'y aventurer, faire choix d'un guide sûr : c'est dire que la question de méthode prend ici un intérêt tout particulier.

Nous pouvions, adoptant la méthode classique, construire, en partant d'idées *a priori*, un système logique, ainsi par exemple au moyen d'une analyse abstraite de la notion de faute, montrer, avec certains auteurs, qu'en raison toute faute a nécessairement un caractère délictuel, même lorsqu'elle survient à la suite et dans l'exécution d'un contrat ; en tirer cette déduction que le débiteur qui viole son obligation commet un délit, que ce délit, comme tout autre délit, peut servir de base à la responsabilité d'un complice ;

puis, ces principes une fois posés, construisant des hypothèses, nous aurions essayé d'en suivre dans les détails les conséquences.

Mais aujourd'hui cette méthode déductive et abstraite est de plus en plus délaissée. De plus en plus, et à juste titre on s'accorde à reconnaître que le droit est avant tout une science d'observation qui répugne absolument à la logique étroite des sciences mathématiques (1). Avant de prétendre élaborer une théorie, il faut commencer par examiner les faits, par les examiner surtout dans leur miroir le plus fidèle, les décisions de jurisprudence. Et voilà pourquoi c'est par une analyse des faits, principalement par une analyse de la jurisprudence que nous avons cru devoir débuter. Telle a été la tâche que nous nous sommes proposée dans notre première partie : *Hypothèses et solutions*. Cette étude nous a semblé particulièrement intéressante à une époque où, comme on l'a dit, « il est certain que le mouvement d'opinion qui s'opère en faveur d'une rénovation de la méthode du droit civil tend à substituer à l'étude du Code civil l'étude de la jurisprudence (2) ».

Mais il ne suffit pas de cataloguer des solutions d'espèces. Le droit n'est pas une science purement descriptive. S'il est vrai qu'il naît de la vie, il ne faut pas oublier qu'il a pour fonction, on l'a fort bien dit, de la dominer. Il faut qu'il pose des principes, des principes généraux, tirés par voie d'induction des décisions particulières. Le tort de la méthode classique n'a pas été de vouloir construire, mais seu-

(1) V. surtout, pour la critique de la méthode classique, la pénétrante étude de M. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899.

(2) Lambert, *La fonction du droit civil comparé*, 1903, p. 29. — Cf. Esmein, La jurisprudence et la doctrine, *Rev. trim.*, 1902, p. 13, sq.

lement de construire sur de mauvaises bases. La construction est légitime lorsqu'elle s'appuie sur les données de l'observation ; c'est dans cet esprit qu'après avoir noté les réponses données aux questions d'espèces, nous avons, dans une seconde partie, entrepris un *Essai de synthèse*.

D'aucuns trouveront peut-être cet édifice bien fragile. Mais à ceux-là nous répondrons par les bienveillantes paroles que M. Saleilles adresse aux auteurs de thèses ; nous nous excuserons en alléguant avec lui que si les maîtres ne doivent écrire que lorsqu'ils « parviennent... à une certitude suffisante, à une précision de détails assez complète pour donner l'œuvre définitive qu'ils rêvent », aux étudiants « il ne convient pas d'avoir les mêmes scrupules scientifiques » (1).

Nous ajouterons même qu'en supposant l'édifice nouveau que nous avons tenté d'élever construit sur le sable, nous oserions néanmoins espérer que notre travail ne serait pas resté absolument stérile. Nous aurions du moins, suivant le vœu de Kohler (2), rapproché des solutions juridiques qui, jusqu'alors, avaient semblé tout à fait hétérogènes. Nous aurions montré le lien qui les rattache, sinon la cause qui les explique, et, avec les éléments ainsi réunis, nous espérerions qu'un jour un constructeur plus heureux ou plus habile arriverait peut-être à bâtir l'édifice solide que nous avions rêvé.

(1) Saleilles, *Rev. bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 1894, p. 648.

(2) Kohler, *Autorrecht*, cité par Schulz, *System des Rechts auf den Eingriffserwert*, *Archiv für die civilistische Praxis*, t. 105, 1909, p. 1 : « *Und es heisst doch gewiss in der Rechtswissenschaft nicht den richtigen Weg gehen wenn ein jedes Rechtsgebiet für sich arbeitet ohne das andere zu berücksichtigen* ».

PREMIÈRE PARTIE

HYPOTHÈSES ET SOLUTIONS

Im Anfang war die That

Nous appliquant, en en modifiant un peu le sens cette parole de Gœthe, nous avons voulu commencer par étudier les faits. Mais ces faits étaient si nombreux, si complexes, les décisions jurisprudentielles si disparates, que nous avouerons notre embarras lorsqu'il s'est agi de les grouper pour pouvoir ensuite les étudier, nous dirions volontiers, les disséquer à loisir.

Une classification ancienne s'offrait à nous; nous l'avons, après réflexion, adoptée. Nous avons, suivant la méthode traditionnelle, séparé les *obligations de donner*, les *obligations de faire* et les *obligations de ne pas faire*.

Cette classification sans doute n'est pas à l'abri de la critique. Elle a, dit-on, entre autres torts, celui surtout d'être arbitraire. Et volontiers nous confessons qu'il est parfois difficile de faire rentrer certaines obligations dans l'un des trois cadres indiqués : ainsi dans la promesse de vente que nous aurons l'occasion d'étudier, faut-il voir une obligation de donner, une obligation de faire ou même une obligation de ne pas faire ? Mais convient-il de faire grief à notre division de sa nature un peu flottante et imprécise ? Son imperfection n'a-t-elle pas pour cause et pour excuse en même temps le caractère infiniment complexe des faits juridiques

eux-mêmes ? Il en est un peu, qu'on nous pardonne la comparaison, des faits juridiques comme de ces papillons aux couleurs délicates et finement nuancées que, malgré toutes les précautions, on ne saurait emprisonner dans un cadre sans leur enlever l'éclat de leurs ailes ; les faits juridiques, si on voulait les fixer en catégories bien tranchées, ne pourraient y entrer sans perdre aussi leur éclat, c'est à-dire la vie qui les anime.

Le reproche d'arbitraire n'a donc rien, croyons-nous, de spécial à notre division, il est de l'essence même des divisions juridiques. Et ce reproche une fois écarté, la classification adoptée nous a paru avoir des avantages sérieux.

Son caractère classique tout d'abord nous a séduit. Au moment de nous aventurer sur un terrain nouveau, la sagesse nous conseillait d'user d'instruments déjà soumis à l'épreuve plutôt que de nous risquer à en expérimenter de nouveaux.

C'était là une raison générale. Elle s'alliait à des considérations plus spéciales.

Des considérations historiques d'abord. Quand on étudie la jurisprudence, il faut, autant que possible, pour la bien comprendre, l'envisager dans son développement chronologique. La division adoptée avait l'avantage de nous présenter au moins en gros la jurisprudence dans ses étapes successives. C'est relativement à l'obligation de donner que s'est le plus anciennement posée, sous l'empire de nos codes, la question de responsabilité civile du tiers complice. De là, plus tard, elle a glissé dans le domaine de l'obligation de faire, et c'est enfin dans ces derniers temps seulement qu'en matière d'obligation de ne pas faire elle a pris toute son importance. En étudiant l'une après l'autre l'obligation de donner, l'obligation de faire, l'obligation de ne pas faire, nous verrons ainsi se dessiner la formation historique de la théorie.

Nous la verrons d'autant mieux qu'il s'agit d'un problème qui s'est précisé en quelque sorte par degrés, le processus historique correspondant assez bien au perfectionnement théorique du système. La question qui d'abord se présente un peu confuse, masquée par des idées étrangères, voilée par exemple en matière d'obligation de donner par la notion de transmission d'un droit réel, se dépouille petit à petit de tous ces revêtements pour apparaître finalement dans toute sa netteté. A la voir ainsi lentement se dégager, nous éprouverons un peu la sensation du mineur qui, ouvrant une galerie, ne trouve à la surface qu'un rare minerai, perdu au milieu d'un amoncellement de terre, et qui, ensuite, continuant ses fouilles, arrive à mettre au jour des couches de moins en moins souillées d'éléments étrangers jusqu'à ce qu'enfin son pic atteigne la veine de métal complètement pur.

CHAPITRE PREMIER

VIOLATION D'UNE OBLIGATION DE DONNER.

Comment se pose la question de responsabilité civile du tiers complice : — Sur le terrain de l'histoire du droit. — Sur le terrain du droit français actuel. — Sur le terrain du droit comparé. — Division.

Indiquons brièvement l'hypothèse : un vendeur traite avec un premier acquéreur ; plus tard un tiers, désireux d'acquérir la chose, connaissant le contrat intervenu, offre au vendeur un prix plus élevé et le pousse ainsi à rompre son engagement antérieur, à violer son premier contrat.

On s'étonnera peut-être de voir aujourd'hui présenter cette hypothèse. « L'obligation de livrer la chose, dit l'article 1138 du Code civil, est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire... dès l'instant où elle a dû être livrée. » Comment dès lors comprendre que la question indiquée puisse se poser ? Qu'importe au premier acquéreur, devenu propriétaire dès le moment du contrat, que son vendeur se soit dépouillé au profit d'un tiers d'une propriété qu'il avait perdue ? On nous objectera : Vous croyez-vous encore en droit romain ? Sans doute alors la question pouvait se poser, mais c'est qu'à cette époque le simple consentement était insuffisant pour transférer la propriété. On invoquera la loi si souvent répétée : *Traditionibus* (1) *et usucapionibus do-*

(1) Sans doute à l'origine *mancipationibus*.

minia rerum, non nudis pactis transferuntur (1). Vouloir retrouver aujourd'hui la question, c'est méconnaître l'évolution séculaire qui, commencée en droit romain, a abouti dans notre Code civil à réaliser le transfert de propriété par le simple consentement.

Que le lecteur se rassure ; nous n'oublions pas cette évolution, mais, malgré cette évolution, nous persistons à prétendre que la question, actuellement encore, n'a pas perdu son intérêt.

Nous lui découvrons d'abord un intérêt historique. Et cet intérêt historique, ce n'est pas seulement le parfum, parfum un peu fané des choses qui ne sont plus ; c'est un intérêt plus direct, nous dirions volontiers plus tangible : certains auteurs, surtout dans les pays germaniques (2), ont voulu, en matière d'obligation de donner, expliquer, du moins en partie, par l'idée de responsabilité civile du tiers complice, l'évolution à laquelle nous faisions tout à l'heure allusion, évolution qui a conduit de la convention, simple fait générateur d'obligation, à la convention réalisant par elle seule le transfert de propriété. On aurait commencé par admettre que le vendeur qui, après une première aliénation, en consent de mauvaise foi une seconde, commet un acte illicite qui doit être réprimé par une peine ; puis jugeant cette première sanction insuffisante, on en serait arrivé à donner au premier acquéreur, victime de la fraude, une action contre le second acquéreur, lorsque celui-ci se serait rendu complice de la fraude commise par le vendeur. De là serait sortie l'idée que la convention par laquelle une personne s'oblige à transférer la propriété d'une chose confère à l'ac-

(1) Code, liv. II, tit. III, l. 20.

(2) Kohler, *Encyclopädie*, t. I, p. 603-604 ; Huber, *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts*, 1893, t. IV, p. 845.

quéreur plus qu'un droit personnel, qu'elle lui confère un droit opposable à certains tiers, au moins à certains tiers de mauvaise foi, une sorte de droit mixte, et c'est cette conception qui avait par exemple guidé le code prussien dans sa construction du *Recht zur Sache* (1). Ce droit mixte, par degrés, se serait rapproché du droit réel pour finalement s'y absorber : ce serait l'origine de la règle moderne d'après laquelle la propriété se transfère par le simple consentement. On aurait en somme, par étapes, substitué, suivant l'évolution normale, au système répressif assez imparfait, seul connu du droit primitif, un système préventif plus perfectionné, mettant le premier acquéreur à l'abri de toutes les fraudes que pourrait ourdir à son égard l'aliénateur.

Sans doute ce n'est pas ainsi qu'en France on explique couramment l'évolution. On la rattache d'ordinaire aux idées de constitut possessoire, de tradition feinte et aux clauses de dessaisine-saisine (2). Mais, suivant Crome, il n'y aurait pas incompatibilité entre les deux opinions ; on aurait seulement masqué chez nous l'évolution sous d'autres idées ; pour employer sa pittoresque expression, on l'aurait, « comme il arrive souvent, habillée sous des vêtements romains » (3).

Voilà un premier intérêt considérable de la question, un intérêt historique. A côté il en existe un second, un intérêt pratique cette fois. Quoi qu'on puisse en penser, la question, même sous l'empire du Code de 1804, peut encore se poser.

(1) Sur le *Recht zur Sache*, v. Kohler, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, t. II, p. 15.

(2) Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 3e éd., t. I, n° 2589 sq., p. 827 sq.

(3) Crome, *Allgemeiner Theil der modernen französischen Privatrechtswissenschaft*, 1892, § 21, p. 221.

La propriété n'est pas toujours transférée vis-à-vis de tous par le seul consentement. C'est ainsi qu'en matière de donations les articles 939 et suivants du Code civil exigent la transcription pour que la donation soit parfaite *erga omnes* ; l'article 1069 prescrit certaines mesures pour rendre les substitutions opposables aux tiers ; l'article 1690, relatif à la cession de créance, impose également certaines formalités. En matière mobilière, suivant une certaine opinion que nous aurons plus tard à discuter, la propriété ne serait transférée que par la tradition.

Mais si la question pouvait se présenter dans quelques hypothèses sous l'empire du Code civil, elle a vu son domaine s'accroître considérablement au cours du XIX^e^ siècle. Certaines lois, postérieures à 1804, sont intervenues, qui, tout en maintenant entre les parties le transfert de propriété par le seul consentement, l'ont, à l'égard des tiers, subordonné à l'accomplissement de formalités nouvelles.

Certains textes n'ont eu qu'une portée spéciale. L'article 36 du Code de commerce a prescrit pour l'aliénation des titres nominatifs une inscription de transfert sur les registres de la société débitrice. En matière de brevets d'invention, aux termes de l'article 20 de la loi du 5 juillet 1844, la cession, pour être opposable aux tiers, devra « avoir été enregistrée au secrétariat de la préfecture du département dans lequel l'acte aura été passé ». Le transfert de propriété des navires ne sera parfait que par une mutation en douane (1).

La loi du 23 mars 1855 a réalisé une réforme beaucoup plus vaste, elle a établi la formalité de la transcription pour toutes les aliénations d'immeubles passées entre vifs à titre onéreux.

(1) Art. 154, Règlement général de 1866 modifiant art. 17, l 27 vendémiaire an II.

Ainsi, en cette matière comme en bien d'autres, le progrès semble n'avoir été qu'un retour en arrière, l'histoire qu'un perpétuel recommencement.

L'impression se confirme si nous jetons les yeux sur le droit étranger. Les codes les plus récents, tels que le Code civil allemand (1) et le Code civil suisse (2), ont parachevé l'évolution régressive que nous venons d'apercevoir en France ; ils ont à nouveau consacré l'ancienne idée romaine, qu'il importe de distinguer l'acte générateur d'obligation et le transfert de propriété. Ainsi s'est élargi pour l'obligation de donner, sur le terrain du droit comparé, le domaine d'application du problème de la responsabilité civile du tiers complice.

Pour nous en tenir au point de vue qui tout spécialement nous intéresse, à l'étude de notre droit actuel, il serait, nous l'avons vu, tout à fait inexact de penser, en se fondant sur les termes trop absolus de l'article 1138, que la propriété est toujours transférée *erga omnes* par le seul effet du consentement. Ce serait là certainement une erreur lorsqu'il s'agit d'une aliénation immobilière ; ce serait une erreur aussi pour ceux des meubles dont la loi subordonne formellement le transfert à certaines formalités de publicité et, même pour les autres, nous l'avons laissé entrevoir, l'idée n'est pas à l'abri de la critique. Nous avons ainsi, dans deux sections, à examiner d'abord les applications de la responsabilité civile du tiers complice dans l'hypothèse d'une obligation de donner portant sur un immeuble, ensuite les conséquences qu'on en peut tirer en matière de meubles corporels, conséquences plus ou moins étendues suivant le parti qu'on adopte quant au mode de transfert de la propriété des meubles corporels.

(1) §§ 873 et 929.
(2) Art. 714 et 971.

SECTION I. — Obligation de donner ayant pour objet un immeuble.

I. — Les bases du problème. — Rappel des principes du Code civil et de la loi du 23 mars 1855.

II. — Moyens proposés en vue d'atteindre le tiers complice : 1. Action paulienne ; 2. *Fraus omnia corrumpit* ; 3. Article 1382 du Code civil.

III. — Valeur comparée de ces différentes solutions. — Conclusion en faveur de l'idée de responsabilité civile du tiers complice.

Parmi les aliénations d'immeubles on peut distinguer les aliénations à titre gratuit et les aliénations à titre onéreux. Le Code civil, nous l'avons déjà indiqué, exigeait, pour rendre une donation opposable aux tiers, l'accomplissement de certaines formalités. Se rappelant l'antique insinuation, établie par l'ordonnance de Villers-Cotterets et usitée dans notre ancien droit, les rédacteurs du Code décidaient, dans l'article 941, que la donation ne pourrait être invoquée contre les tiers que si elle avait été transcrite. Au contraire le législateur de 1804, abandonnant les principes de la loi de brumaire an VII et revenant aux errements anciens, n'avait prescrit aucune mesure analogue pour faire connaître aux tiers l'aliénation à titre onéreux. Ce fut seulement la loi du 23 mars 1855 qui combla cette lacune.

Ces principes ainsi rappelés très brièvement, voici comment se pose actuellement la question de complicité du tiers. Un vendeur aliène son immeuble ; puis, avant que l'acquéreur ait transcrit l'acte d'aliénation, un tiers, pour anéantir l'effet de cet acte, s'entend avec le vendeur ; il achète à nouveau

l'immeuble et s'empresse de faire transcrire. Nous avons supposé l'hypothèse d'une vente, la question surgirait aussi bien s'il s'agissait d'une donation. Sans doute les tiers qui peuvent se prévaloir du défaut de transcription ne sont pas les mêmes dans les deux hypothèses : le Code civil accorde en principe le droit de méconnaître l'acte non transcrit à tous les intéressés, fussent-ils des créanciers chirographaires, la loi de 1855, au contraire, réserve cette faculté à certaines personnes limitativement indiquées. Mais ne nous embarrassons pas de cette divergence : les tiers qui nous intéressent, acheteurs ou donataires qui transcrivent à la suite d'une première aliénation, vente ou donation, non transcrite, passée au profit d'un autre, ont la qualité de tiers, aussi bien dans le système restrictif de la loi de 1855 que dans le système plus large établi par le Code en matière de donations. Il n'est même pas nécessaire, remarquons-le en passant, que le conflit s'élève entre deux acheteurs ou deux donataires ou entre un acheteur et un donataire. On pourrait également imaginer, au lieu d'une aliénation totale, une aliénation partielle, au lieu d'une aliénation directe une aliénation indirecte ; qu'un acheteur ou un donataire néglige de faire transcrire l'aliénation consentie à son profit, que, postérieurement, un tiers s'entende avec l'aliénateur pour se faire constituer une servitude ou une hypothèque, qu'il s'empresse de faire transcrire ou inscrire la servitude ou l'hypothèque, le conflit qui naîtra entre l'acheteur ou le donataire d'une part, et le titulaire de la servitude ou de l'hypothèque d'autre part mettra en jeu les mêmes principes et devra se résoudre de la même manière.

Dans toutes ces hypothèses, la théorie de la responsabilité civile du tiers complice peut intervenir au même titre. Elle peut intervenir à la seule condition d'admettre deux

prémisses fondamentales : la première, que nous avons supposée par avance admise, c'est que le droit réel, au regard des tiers, n'est transféré que du jour de la transcription. C'est un axiome qu'autrefois M. Boissonade avait osé nier. A l'en croire, la propriété immobilière, sous l'empire de la loi de 1855 comme sous l'empire du Code civil, se transmettrait à l'égard des tiers aussi bien qu'entre les parties par le seul effet de la convention. « La propriété, disait-il, est transférée par le consentement ou elle ne l'est pas, mais elle ne peut pas tout ensemble l'être et ne l'être pas, *to be or not to be* (1). » Cette théorie, s'il fallait l'accepter, supprimerait la question elle-même. Toute manœuvre frauduleuse d'un second acquéreur viendrait échouer devant la parfaite réalité du droit du premier. Aucun préjudice ne serait possible, et, sans préjudice, pas de responsabilité civile. Mais la théorie de M. Boissonade n'est plus aujourd'hui qu'un souvenir. Elle n'a trouvé d'écho ni dans la jurisprudence, ni dans la doctrine, et il n'est pas besoin de lui consacrer une réfutation superflue (2).

(1) Boissonade, *Revue pratique de droit français*, 1870, t. XXX, p. 549.

(2) Cette théorie méritait pourtant d'être signalée, ne serait-ce que parce qu'elle fait appel, à contre-sens à notre avis, à un système d'inopposabilité-réparation qui ne laisse pas d'être instructif comme nous aurons plus tard l'occasion de le voir.

Le premier acquéreur qui a négligé de transcrire devient bien, dans le système de M. Boissonade, au jour de la convention, propriétaire *erga omnes* mais, en négligeant de transcrire, il a commis une faute. Cette faute ne doit pas préjudicier à un second acquéreur de bonne foi. Si donc, dans l'ignorance de la première aliénation non transcrite, un second acquéreur traite avec le même aliénateur, ce premier acquéreur qui ne peut, par sa faute, lui causer un préjudice qu'il serait ensuite, par application du principe de l'article 1382 du Code civil, obligé de réparer, se trouvera mis dans l'impossibilité de lui opposer l'aliénation non transcrite, c'est-à-dire que, dans ce sys-

Admettons par conséquent, avec l'opinion courante, que jusqu'au jour de la transcription le premier acquéreur n'a point vis-à-vis des tiers un droit réel placé au-dessus de leurs atteintes. Pour que l'idée de responsabilité civile du tiers complice puisse naître, il ne suffit pas de ne point reconnaître au premier acquéreur un droit trop fort, il faut encore ne point conférer au second une situation trop inexpugnable. Il faut admettre qu'au moins en certaines circonstances, ce second acquéreur n'est pas, par l'effet de la transcription, mis à l'abri de toute réclamation du premier. C'est un deuxième principe qu'un auteur au moins, M. Mourlon, paraît avoir nié. M. Mourlon (1) a prétendu que le second acquéreur qui a transcrit, quelle que soit sa mauvaise foi ou sa fraude, n'a jamais rien à redouter d'un premier acquéreur qui a commis l'imprudence de ne pas transcrire. Mais c'est une opinion sur laquelle encore il n'y a pas lieu de s'arrêter. Ce système trop rigoureux, trop blessant au point de vue de l'équité, ne semble pas avoir rencontré d'adepte et son auteur lui-même n'a pas eu le courage de le pousser jusque dans ses extrêmes conséquences (2).

tème, l'idée de responsabilité civile, au lieu d'être invoquée à l'encontre du second acquéreur, sera invoquée à son profit. Le résultat pratique au reste n'est pas sensiblement différent de celui auquel aboutit le système classique. Le second acquéreur de bonne foi qui a transcrit est toujours préféré au premier acquéreur qui n'a pas transcrit. La seule différence qui sépare le système de M. Boissonade du système classique, c'est que M. Boissonnade sacrifie le second acquéreur au premier toutes les fois que ce second acquéreur a connu d'une façon quelconque la première aliénation tandis que, d'après l'opinion généralement admise, une distinction, nous le verrons, devrait être faite suivant que le second acquéreur a ou non colludé avec l'aliénateur (V. pour l'exposé du système de M. Boissonade, *Rev. prat.*, 1870, t. XXX, p. 549, sq., et sa réfutation par M. Garsonnet, même revue, 1871, t. XXXI, p. 244, sq.

(1) Mourlon, *Traité de la transcription*, t. II, n° 452, p. 79.

(2) Mourlon, *op. cit.*, n° 454, p. 82.

Considérons donc comme établi que la seconde aliénation, quoique transcrite, n'est pas toujours opposable au premier acquéreur qui n'a pas transcrit, qu'il existe des hypothèses où, prenant prétexte d'une mauvaise foi plus ou moins caractérisée du second acquéreur, le premier acquéreur peut écarter la seconde aliénation comme nulle. Reste à montrer, c'est pour nous la question essentielle, comment derrière cette nullité peut apparaître la théorie de la responsabilité civile du tiers complice.

Il y a un point sur lequel la doctrine et la jurisprudence à l'heure actuelle semblent d'accord : c'est qu'il faut distinguer entre l'hypothèse de simple connaissance et celle de fraude. Le second acquéreur, quoiqu'il ait connu la première aliénation, peut se prévaloir du contrat intervenu à son profit, son acquisition est valable s'il ne s'est pas rendu vis-à-vis du premier coupable de fraude, s'il n'a pas colludé avec l'aliénateur en vue de dépouiller le premier acquéreur (1).

Cette distinction formulée, comment faut-il l'expliquer ? C'est un point sur lequel la jurisprudence et la doctrine font preuve d'embarras et d'hésitation. Trois explications au moins sont en présence.

Les uns, entendant parler de collusion et de fraude, ont songé à l'action paulienne (2). C'est la théorie qui semble la première avoir été soutenue. Mais une objection vient

(1) Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, 4e éd., t. II, p. 310, § 209; Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, t. I, 2e édit., 1900, n° 396, p. 390 ; Flandin, *Transcription*, 1861, t. II, p. 46, sq., nos 871-882.

(2) Procès, *Transcription, Tiers de mauvaise foi, Origines historiques*, 1903, n° 58, p. 136 ; Martou, *Des privilèges et hypothèques*, 1855, t. I, n° 67, p. 84.

immédiatement à l'esprit : l'action paulienne exige l'insolvabilité du débiteur. Aussi n'est-ce pas l'action paulienne ordinaire qui serait donnée ici, mais une action paulienne élargie, où l'insolvabilité devrait être entendue dans un sens tout spécial. Nous sommes, dit-on, en face d'une obligation de donner portant sur un immeuble déterminé, donc sur une chose considérée *in specie*, l'obligation n'a pas trait, comme il arrive d'ordinaire en matière d'action paulienne, à une somme d'argent, à une chose envisagée *in genere*. De là résulte cette conséquence qu'il y aura insolvabilité dès que le débiteur ne pourra pas se libérer de l'obligation spéciale qu'il devait exécuter. Si le vendeur ne peut pas transférer la propriété de l'immeuble, ainsi qu'il s'y était engagé, on dira qu'il est insolvable, fût-il capable de payer au centuple les dommages-intérêts résultant de son inexécution, l'insolvabilité (*in solvere*) désignant en définitive l'état d'une personne qui ne peut dénouer le lien juridique où elle s'est engagée (1). Cette solution, assez volontiers adoptée autrefois, encore enseignée aujourd'hui à l'étranger, ainsi en Belgique, ne semble pas en France à l'heure actuelle très en faveur (2).

Chez nous la jurisprudence se rallie plus volontiers à une seconde explication, celle-ci tirée de l'antique adage : *Fraus omnia corrumpit*. Quantité d'arrêts s'en inspirent ; les uns le formulent expressément : « Considérant que la fraude fait exception à toutes les règles (3). Attendu que la fraude est

(1) Procès, *op. cit.*, n° 25, p. 45. Cette explication ingénieuse était donnée dans l'ancien droit par Gomez.

(2) V. cep., en matière de donations, Baudry-Lacantinerie et Colin, *Donations entre vifs*, 2e éd., 1899, t. I, n° 1416, p. 609, et, en matière d'actes à titre onéreux, Biville, *Les conséquences de la mauvaise foi du second acquéreur d'un immeuble*, 1893.

(3) Cass., 8 décembre 1858, S. 60.I.991, D. 59.I.184 ; Grenoble, 11 décembre 1869, D. 70.II.151,

au-dessus de toutes les règles (1). » D'autres se bornent à le sous-entendre. « Attendu en droit, dit un arrêt de la Cour de cassation du 27 novembre 1893, que si, en principe, entre deux acquéreurs successifs d'un même immeuble, la préférence est due à celui qui le premier a fait transcrire son contrat d'acquisition, cette règle souffre exception, d'après les principes généraux du droit lorsqu'il est établi qu'il a existé entre le second acquéreur et le vendeur un concert frauduleux pour dépouiller le premier acquéreur (2)... » Les principes généraux du droit dont parle l'arrêt, c'est simplement la règle *fraus omnia corrumpit* qui reparaît sous une autre forme.

La doctrine, à côté de ces explications, en a découvert une troisième : elle consiste à faire appel à la règle générale de l'article 1382 du Code civil. Le second acquéreur a, par sa faute, causé un préjudice au premier en lui enlevant le bénéfice d'un contrat antérieurement passé ; d'après l'article 1382, il doit réparer ce dommage. Il est vrai que la réparation consiste d'ordinaire en une somme d'argent ; mais il n'y a pas là une règle absolue. « Rien ne s'oppose à ce qu'il en soit autrement, à ce que l'indemnité soit accordée en nature, c'est-à-dire consiste dans la réparation directe du dommage souffert par le rétablissement des choses dans l'état où elles étaient avant le dommage causé. Dans l'espèce, la préférence donnée au premier acquéreur sur le second atteint précisément ce but (3). »

Voilà les trois solutions en présence. Laquelle nous faut-il choisir ? Il convient tout d'abord, croyons-nous, d'écarter immédiatement la seconde, celle qui fait appel à

(1) Trib. civ. Rodez, 20 août 1856, confirmé par Montpellier, 10 novembre 1857, et maintenu par Cass., 14 mars 1859, S. 59.I.833.

(2) Cass., 27 novembre 1893, S. 94.I.385.

(3) Lyon-Caen, note sous Cass., 27 novembre 1893, S. 94.I.385.

l'adage : *Fraus omnia corrumpit.* Cette explication ne paraît pas avoir de valeur propre. Il n'y a là, comme il arrive souvent avec les formules toutes faites, surtout les formules latines, qu'un expédient destiné à éviter une discussion qui semble gênante, c'est une sorte de bandeau que plus ou moins volontairement on se met sur les yeux. Mais si, sans se laisser impressionner par l'aspect vénérable de la maxime, venue d'ailleurs on ne sait d'où, on la serre d'un peu près, il semble qu'on la voie s'effriter pour, derrière elle, laisser apparaître l'une des deux autres explications qu'elle masquait.

C'est à celle tirée de l'action paulienne qu'on est d'abord le plus tenté de la ramener. Si, en effet, il est difficile, sinon même impossible de déterminer aujourd'hui l'origine exacte du brocard, il est au moins vraisemblable que, dans son esprit, sinon dans sa lettre, il dérive de la théorie de l'action paulienne. C'est l'impression qui se dégage de la lecture des anciens auteurs, de Furgole par exemple, qui, après avoir visé le titre du Digeste : *Quae in fraudem creditorum* (1), consacré à l'action paulienne, poursuit en disant : « tout ce qui est fait en fraude est nul et doit être révoqué (2). » C'était une façon commode de synthétiser les principes de l'action paulienne tout en élargissant consciemment ou inconsciemment son champ d'application, par la suppression au moins implicite de la condition d'insolvabilité exigée en la personne du *fraudator.*

La doctrine récente cependant semble moins portée à rattacher l'adage *Fraus omnia corrumpit* à la théorie de l'action paulienne, et lorsque, sentant l'insuffisance de ce « prin-

(1) Dig., liv. XLII, tit. VIII.

(2) Furgole, *Commentaire de l'ordonnance de* 1731 *sur les donations*, 1761, p. 225.

cipe, banal à force d'être vrai, la fraude fait exception à toutes les règles », elle essaie « de fonder la décision relative au cas de fraude sur des arguments plus spéciaux (1) », c'est à l'article 1382 du Code civil que de préférence elle fait appel.

Ainsi disparaît ce système intermédiaire, absorbé dans un des deux autres. Laissons-le de côté et voyons à quelles différences de résultats peuvent conduire les deux autres explications, tirées, l'une des principes de l'action paulienne, l'autre de l'article 1382.

On en peut découvrir plusieurs. Dans une opinion qui n'est peut-être pas très exacte, mais qui paraît assez répandue (2), l'action paulienne peut être intentée contre l'acquéreur à titre onéreux par cela seul qu'il a eu connaissance, connaissance quelconque, de l'état d'insolvabilité présente ou future du débiteur ; on n'exige pas qu'il ait colludé avec lui. De là nous tirons immédiatement cette conséquence que si nous considérons l'action donnée contre le tiers comme une extension de l'action paulienne, nous devrons décider, contrairement à la jurisprudence française actuelle, que la simple connaissance par un tiers d'une aliénation antérieure suffira pour l'empêcher de se prévaloir de la transcription effectuée (3) ; il ne sera pas nécessaire d'apporter la preuve de la fraude ourdie entre lui et l'aliénateur. Il suffira que séparément l'aliénateur d'un côté et le second acquéreur de l'autre aient eu conscience du dommage causé au premier acquéreur. Supposons au contraire qu'on fasse

(1) Lyon-Caen, note au S. 94.I.385, précitée.

(2) V. par exemple, Procès, *op. cit.*, p. 18-19, n° 9 ; — *Contrà* : Besançon, 29 mars 1893, P. 93.II.339.

(3) Procès, *op. cit.*, p. 85 et 136, nos 39 et 58. — Cf. Trib. civ. Arlon, 17 février 1909, *Pas*, 1910.III.89.

appel au principe de l'article 1382 ; il semblerait à première vue qu'il n'y ait plus à s'inquiéter de la bonne ou de la mauvaise foi de l'aliénateur ; quel que soit l'état d'esprit du vendeur, le second acquéreur de mauvaise foi paraît commettre vis-à-vis du premier acquéreur une faute qui l'expose à réparation. Ce serait élargir et faciliter l'action donnée contre le tiers. Mais cette solution, d'apparence logique, n'est pas celle qui l'a emporté. Ceux qui font appel à l'article 1382 ne se contentent pas de la simple connaissance chez le second acquéreur, ils ne se contentent même pas de la mauvaise foi respective de l'aliénateur et de ce second acquéreur, ils exigent la preuve de leur concert frauduleux. Nous essaierons plus tard, quand il s'agira d'édifier la théorie de la complicité fondée sur l'article 1382, d'expliquer cette solution, au premier abord un peu inattendue. Nous nous bornons ici à noter, ce qui constitue une première différence, que le champ d'application de l'action paulienne paraît ici plus compréhensif que celui de l'article 1382.

Mais il n'y a là, hâtons-nous de le dire, qu'une différence plus théorique que pratique ; bien rares seront les hypothèses où il y aura mauvaise foi du vendeur et mauvaise foi du second acquéreur sans qu'il y ait eu concert entre ces deux personnes de mauvaise foi. Voici une différence plus pratique. Elle est relative à l'hypothèse où le second ayant cause est non plus, comme nous l'avons jusqu'à maintenant supposé, un acheteur, mais un donataire. D'après les prinpes de l'action paulienne, cet ayant cause à titre gratuit, même s'il est de la plus entière bonne foi, sera, quoiqu'il ait le premier transcrit, primé par un ayant cause antérieur à titre onéreux. Suivant la formule consacrée, ce donataire sera évincé parce que *certat de lucro captando* tandis que

l'acheteur *certat de damno vitando* (1). Il en va tout autrement si on applique l'article 1382. Si une même personne a transmis un immeuble, d'abord à titre onéreux, puis à titre gratuit et que le donataire, sans se douter de la première aliénation, fasse le premier transcrire son acte d'acquisition, on ne pourra invoquer à son encontre l'article 1382, car il n'a commis aucune faute.

Nous trouvons un intérêt analogue en ce qui concerne les sous acquéreurs. D'après une certaine théorie, d'ailleurs repoussée en France (2), mais admise parfois à l'étranger (3), il n'y aurait pas à se préoccuper de la bonne ou de la mauvaise foi du sous-acquéreur, même à titre onéreux. L'action paulienne eût triomphé contre l'acquéreur primitif, elle triompherait nécessairement contre le sous-acquéreur. *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis.* L'article 1382, bien évidemment, ne conduit à aucun résultat semblable. Le sous-acquéreur de bonne foi, n'ayant commis aucune faute, échapperait à l'action quand bien même elle eût réussi contre son auteur, acquéreur à titre gratuit ou acquéreur à titre onéreux de mauvaise foi (4).

Les auteurs qui voient dans l'action paulienne une action en nullité devraient aboutir à une autre différence : si le tiers acquéreur de mauvaise foi a cédé l'immeuble à un possesseur de bonne foi, il faudrait logiquement décider, contrairement aux conclusions auxquelles arrive l'article 1382, que cet acquéreur de mauvaise foi qui a cessé d'avoir la chose

(1) Cf. Ulpien, Dig., liv. XLII, tit. VIII, fr. 6, § 11.

(2) Orléans, 10 février 1876, D. 77.II.113, S. 76.II.321 ; Dijon, 31 juillet 1878, S. 79.II.21 ; Planiol, *Traité élémentaire*, t. II, n° 325, p. 115.

(3) Haute-Cour de Hollande, 28 mars 1884, S. 85.IV.9 ; Laurent, *Principes*, t. XVI, n^s^ 465, sq.

(4) Cf. Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 119.

entre les mains ne pourra plus être inquiété. Les partisans de l'action paulienne posent pourtant la règle inverse. Mais ils ne peuvent y arriver qu'au moyen d'une entorse à leurs principes. « Cette particularité, écrit M. Acher, reste inexpliquée dans le système de la nullité des actes frauduleux (1). » Les auteurs se gardent d'ailleurs bien de justifier leur solution (2), ou, s'ils essaient de le faire (3), ils se bornent à invoquer un texte de Paul (4) qui la consacre. C'est oublier qu'en droit romain l'action paulienne était, semble-t-il, non une action en nullité, mais une action en indemnité. C'est du domaine de l'article 1167 glisser dans celui de l'article 1382 (5).

Les deux domaines ne sont peut-être pas en effet aussi éloignés qu'on serait tenté de le croire. Cette opinion se confirme si on examine la situation respective du créancier poursuivant et des autres créanciers du tiers acquéreur sur l'immeuble frauduleusement aliéné. D'après les principes couramment admis sur l'action paulienne, ce créancier poursuivant jouirait d'un véritable droit de préférence. L'article 1382 au contraire le ferait venir en concours avec les autres créanciers, la restitution de l'immeuble n'étant qu'une forme particulière de dommages-intérêts. Mais cette différence même qui paraît fondamentale est loin d'être hors de conteste. Certains civilistes, parce qu'ils voientdans

(1) J. Acher, *Essai sur la nature de l'action paulienne*, *Rev. trim.*, 1906, p. 111.

(2) Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, t. I, n° 668, p. 605 ; Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, 2e éd., 1885, t. II, p. 254, art. 1167, n° 48.

(3) Demolombe, *Contrats*, t. II, n° 202, p. 201. M. Demolombe attribue d'ailleurs à tort ce texte à Ulpien.

(4) Dig., liv. XLII, tit. VIII, fr. 9, *in fine*.

(5) Cf. Acher, *loc. cit.*

l'action paulienne, sous le dehors trompeur d'une action en nullité, une action en indemnité, semblent tout disposés à repousser ce droit de préférence (1). D'autres auteurs, à l'inverse, tout en se fondant sur l'article 1382, ont cru pouvoir accorder au premier acquéreur vis à-vis des créanciers du second, une situation privilégiée. « Les créanciers du second acquéreur, dit en particulier M. Lyon-Caen, ne peuvent avoir plus de droits que leur débiteur, et par suite, ceux-ci ne sauraient, plus que leur débiteur, se prévaloir du défaut de transcription en vertu de l'article 1166 du Code civil (2). »

Tels sont quelques-uns des points sur lesquels il importait d'attirer l'attention avant de trancher la question que nous nous sommes posée : la protection accordée au premier acquéreur d'un immeuble contre un second qui, frauduleusement, a fait le premier transcrire, doit-elle être cherchée dans une application de l'action paulienne ? Ressortit-elle au contraire au domaine de la responsabilité civile ? L'intérêt du problème varie, on l'a vu, suivant la nature qu'on reconnaît à l'action paulienne. Figée dans le moule de l'action en nullité, elle apparaît très éloignée de l'action en responsabilité, à beaucoup de points de vue il y a utilité évidente à choisir ; évoluant vers son type originaire et peut-être aussi vers son type futur d'action en indemnité, elle pénètre dans le domaine de l'article 1382, il devient indifférent d'adopter l'une ou l'autre solution, mais c'est

(1) V. Acher, *ibid.*, p. 115. « Cette règle (d'après laquelle le créancier poursuivant doit jouir d'un véritable droit de préférence) ne se trouve énoncée nulle part, et c'est en vain qu'on lui chercherait un appui dans la tradition ; les anciens auteurs gardent le silence le plus absolu sur cet effet nouveau de l'action paulienne. »

(2) Note au S. précitée.

qu'alors, par un détour, on est revenu à la notion de responsabilité civile.

A se placer au point de vue historique, on serait tout d'abord tenté de voir dans le recours ouvert contre le second acquéreur une application de l'action paulienne élargie. Les anciens auteurs admettaient généralement cette explication. C'est en se fondant sur l'action paulienne qu'ils annulaient la seconde vente faite en fraude des droits d'un premier acquéreur. Il n'y a pour s'en convaincre qu'à se reporter aux explications de Gomez (1), de Brunnemanus (2), de Covarruvias (3), plus tard de Ricard (4), de Loyseau (5) et même de Pothier (6). Les anciens arrêts sont également formels sur la question (7).

Mais en réalité l'argument tiré de l'histoire a peut-être moins de poids qu'on pourrait croire à première vue. Sans doute les anciens auteurs appliquaient bien ici l'action paulienne, mais depuis lors les conditions juridiques ont changé. Dans l'ancien droit on suivait encore les errements du droit romain. On vivait sous une législation qui reconnaissait seulement un certain nombre de délits particuliers. Parmi ces délits particuliers les jurisconsultes ont choisi celui qui leur a semblé le moins mal s'adapter à l'hypothèse qui nous

(1) Gomez, *Commentariorum variarumque resolutionum auctore*, 1631, t. II, chap. II. Texte rapporté dans Procès, *op. cit.*, p. 42.

(2) Brunnemanus, *Commentarius in codicem*, 1715, t. I, p. 227. Texte rapporté, *op. cit.*, p. 43-44.

(3) Covarruvias, *Opera omnia*, 1638, t. II, p. 197. Texte rapporté, *op. cit.*, p. 51-52.

(4) Ricard, *Des donations entre vifs*, nos 949, sq.

(5) Loyseau, *Des offices*, liv. I, chap. II, no 16.

(6) Pothier, *Vente*, no 320.

(7) Arrêts du Parlement de Paris du 24 avril 1595 ; du Parlement de Bordeaux de 1582 ; du Parlement de Bourgogne du 26 juillet 1564. Cités par Beaune, *Droit coutumier français*, *Des contrats*, p. 157, n. 10.

occupe. Trouvant la *fraus creditorum*, ils ont essayé vaille que vaille, parfois non sans difficulté, de faire rentrer dans ce cadre la solution qu'ils voulaient expliquer. Mais aujourd'hui, à ce système de délits particuliers limitativement énumérés, on a substitué un principe plus large et plus souple, celui de la responsabilité civile posé par notre article 1382 (1). Et dès lors, tout en reconnaissant qu'il a pu être de bonne méthode juridique de rattacher autrefois la solution qui nous occupe à la théorie de l'action paulienne, on n'en conserve pas moins aujourd'hui, croyons-nous, toute liberté pour examiner si actuellement, à un état juridique nouveau, ne doit pas correspondre une explication également nouvelle.

Il n'y a donc pas à faire grand état ici des précédents historiques. Bien plus, on peut dire, quoique cela semble de prime abord paradoxal, que l'argument tiré de l'ancien droit se retourne contre ceux qui l'invoquent. Si autrefois les auteurs avaient eu à leur disposition la formule générale de notre article 1382 actuel, il est à penser qu'ils n'auraient en notre hypothèse jamais fait appel aux principes de l'action paulienne.

Etant ainsi débarrassé de l'objection historique, nous avons aujourd'hui pleine liberté pour choisir entre les deux systèmes proposés, celui de l'article 1167 et celui de l'article 1382. Or, entre ces deux systèmes, nous avouons nos préférences pour le second.

Tout d'abord, cette opinion, du moins interprétée ainsi qu'on le fait aujourd'hui, comme exigeant un concert frauduleux, — non pas, comme le système fondé sur l'action paulienne, une simple connaissance, — cette opinion, disons-

(1) Sur cette évolution : v. Planiol, *Traité*, t. II, n° 815, p. 264 — Cf. Saleilles, *Théorie de l'obligation*, n^os^ 302, sq.

nous, semble mieux concorder avec le seul texte légal qui effleure notre question, l'article 1071 du Code civil. Cet article dispose en effet qu'en matière de substitutions « le défaut de transcription ne pourra être suppléé, ni regardé comme couvert par la connaissance que les créanciers ou les tiers acquéreurs auraient eue de la disposition par d'autres voies que celle de la transcription ». C'est dire que, pour ce cas spécial, le système qui se contente d'une simple connaissance est formellement condamné.

Plus satisfaisante au point de vue légal, l'explication que nous défendons semble surtout préférable au point de vue pratique. Se contenter, ainsi que le font volontiers les auteurs qui s'appuient sur l'action paulienne, de la simple connaissance, c'est saper par la base la formalité de la transcription telle que l'a comprise le législateur ; c'est enlever aux transactions immobilières la sécurité que la loi a voulu leur donner ; c'est favoriser d'innombrables procès, puisqu'un premier acquéreur pourrait toujours prétendre qu'en fait le second acquéreur a eu connaissance de l'aliénation intervenue quoique non transcrite. Au contraire, le concert frauduleux du vendeur et de l'acquéreur sera le plus souvent impossible à établir, et devant cette difficulté de preuve viendront échouer les réclamations injustifiées.

Toujours au point de vue pratique, certains résultats que nous avons déjà signalés et auxquels conduit l'application de l'action paulienne nous paraissent inadmissibles. C'est ainsi que nous nous refusons à décider que le donataire d'un immeuble qui, dans l'ignorance absolue de toute aliénation antérieure, aura le premier transcrit, sera néanmoins évincé par l'acquéreur antérieur à titre onéreux.

A tous ces égards, la solution basée sur l'article 1382 nous semble donc préférable. C'est d'ailleurs vers elle qu'ap-

paremment s'orientent la jurisprudence et la doctrine françaises.

La jurisprudence : nous tirons d'abord en ce sens argument de son point de départ, un arrêt de la Cour de cassation du 8 décembre 1858 (1) qui condamne expressément le tiers parce qu'il s'est rendu complice d'un délit civil. « Considérant, déclare la chambre des requêtes, qu'en se rendant ainsi sciemment l'instigateur et le complice d'un stellionat... »

La jurisprudence, pour avoir dans ses décisions postérieures moins nettement indiqué le motif et l'avoir masqué, comme nous l'avons vu, sous l'adage *Fraus omnia corrumpit*, ne l'a point pour autant, à notre sens, abandonné (2). C'est ce que prouvent les solutions même qu'elle consacre. Contrairement aux résultats auxquels risquerait de la conduire l'application de l'action paulienne, elle décide d'une façon constante que la simple connaissance d'une aliénation ne suffit pas pour empêcher un second acquéreur de se prévaloir de la transcription qu'il a le premier accomplie (3).

La doctrine, de son côté, n'est pas moins favorable à l'idée de responsabilité civile du tiers complice. Certains auteurs, ainsi MM. Aubry et Rau (4), invoquent directement l'article 1382. D'autres, et ce sont les plus nombreux, rappellent

(1) D. 59.I.184, S. 60.I.991.

(2) Le rapport du conseiller Marignan devant Cass., 27 novembre 1893 (D. 94.I.388), indique nettement le désir de la jurisprudence de persévérer dans la voie inaugurée en 1858.

(3) Cass., 3 thermidor an XIII, *Jurisp. de la Cour de cassation*, an XIV, p. 60 ; Besançon, 6 juin 1854, S. 54.II.724 ; Pau, 29 mars 1871, S. 71.II.1 ; Toulouse, 19 août 1880, S. 81.II.121 ; Cass., 5 juillet 1882, S. 84.I.116 ; Cass., 21 juillet 1885, S. 87.I.175 ; Cass., 22 octobre 1889, S. 91.I.446 ; Douai, 4 avril 1895, *Gaz. Pal.*, 95.II.107 ; Orléans, 4 mars 1896, D. 96.II.515.

(4) *Cours de droit civil*, 4e éd., t. II, p. 310, § 209, n. 82.

comme la jurisprudence le brocard : *Fraus omnia corrumpit*. Mais beaucoup parmi ces derniers découvrent, nous l'avons vu, derrière cette explication trop superficielle, le principe de responsabilité civile du tiers (1). Il est même à remarquer que les auteurs les plus divergents d'opinion ont été hantés par l'idée de complicité. C'est ainsi que Mourlon lui-même, tout en déclarant que le second acquéreur ne pourra être inquiété même au cas de concert frauduleux avec le vendeur, est forcé d'admettre ce tempérament à sa doctrine : « Nous n'appliquerions point cette règle à celui qui, colludant avec le vendeur, aurait stipulé de lui sa part dans le gain à réaliser au préjudice du premier acheteur (2). »

Sous des formes diverses, la notion de responsabilité civile du tiers complice se retrouve dans les explications des auteurs comme dans les solutions des arrêts. C'est elle au fond qui procure, elle seule qui peut procurer, la clef de cette distinction, chez nous presque banale, de la collusion frauduleuse et de la simple connaissance.

C'est une distinction qui, au surplus, n'a rien de spécial au droit français. On la retrouve en droit allemand et les auteurs allemands (3) avouent qu'elle n'est pour eux qu'un corollaire des principes qui régissent la responsabilité civile.

(1) Lyon-Caen, note au S. 94.I.385 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, 2e éd., 1900, t. I, n° 396, p. 390 ; M. Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 119, déclare expressément : « Il y a là un véritable délit civil. »

(2) Mourlon, *Traité théorique et pratique de la transcription*, t. II, p. 82, n° 454.

(3) Kohler, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, t. II, p. 15 ; Gierke, *Deutsches Privatrecht*, t. II, 1905, § 140, p. 611, n. 13.

SECTION II. — Obligation de donner ayant pour objet un meuble.

§ 1. — Navires.

Peut-on étendre à l'hypothèse de mutation en douane les solutions admises pour la transcription? — Réponse négative de la doctrine. — Réponse incertaine de la jurisprudence.

Parmi les meubles, les navires ont une place tout à fait à part. Ils se rapprochent par bien des côtés des immeubles. Tâchons donc de les en séparer le moins possible, et, quoiqu'ils ne forment parmi les meubles qu'une classe tout à fait spéciale, prenons-les d'abord pour objet d'étude.

Le législateur a prescrit pour leur aliénation une mesure particulière. La loi du 27 vendémiaire an II (art. 17), complétée par l'article 154 du règlement général de 1866 et modifiée par la loi du 23 novembre 1897, établit pour la transmission de propriété des navires à l'égard des tiers une double formalité : une mention sur le registre de la recette principale des douanes du port d'attache, et une seconde mention au dos de l'acte de francisation. Ces deux formalités réunies constituent la mutation en douane (1).

Ces principes rappelés, on peut se demander si nous n'allons pas retrouver en matière de navires une question analogue à celle que nous venons d'examiner en matière d'immeubles, la mutation en douane jouant ici le rôle que jouait pour les immeubles la transcription. En d'autres termes, au cas où la mutation en douane n'aura été que le résultat d'un concert frauduleux intervenu entre un second acquéreur et

(1) Lyon-Caen, *Manuel de droit commercial*, 8e éd., 1906, n° 872, p. 613.

un vendeur au préjudice des droits d'un premier acquéreur, faudra-t-il néanmoins préférer le second acquéreur s'il a le premier fait opérer la mutation en douane ?

La solution de la question dépend du parti qu'on adopte relativement à la nature et au rôle de la mutation en douane.

Pour certains commercialistes, les formalités prescrites par la loi ne seraient que des mesures d'ordre et de police, ayant pour but d'écarter les étrangers de la propriété des navires nationaux (1). Dans cette conception la question que nous examinons ne pourrait, semble-t-il (2), pas se poser, la propriété des navires étant transférée *erga omnes*, par le simple consentement.

Mais telle n'est pas l'opinion courante. En général les auteurs voient dans la mutation en douane une formalité, analogue à la transcription, destinée à faire connaître aux tiers l'aliénation intervenue (3).

Dès lors nous retrouvons la question qui nous occupe et il semblerait logique de la résoudre comme en matière d'immeubles au moyen de la distinction entre la collusion et la simple connaissance (4). C'est une solution qui en doctrine ne paraît pourtant pas en faveur. A en croire les auteurs, la simple connaissance d'une aliénation antérieure serait suffisante pour empêcher un second acquéreur de se prévaloir de l'antériorité d'une mutation opérée à sa requête. Les commercialistes ne justifient d'ailleurs guère cette prétendue différence entre la mutation en douane et la transcription, ou,

(1) Cauvet, *Revue de législation*, 1849, t. III, p. 289.

(2) V. toutefois l'opinion dissidente de M. Dufour, *Droit maritime*, t. II, n° 512.

(3) Desjardins, *Droit commercial maritime*, 1878, t. I, no 76, p. 161 ; de Valroger, *Droit maritime*, t. I, n° 137, p. 209.

(4) Lyon-Caen, note sous Cass., 27 novembre 1893, S. 94.I.385.

s'ils essaient de le faire, ils reproduisent l'explication de Laurin, qu'en matière commerciale on doit juger *ex æquo et bono* (1). L'argument est-il bien convaincant (2) ?

Quant à la jurisprudence, elle est, croyons-nous, beaucoup moins formelle que le prétendent les auteurs. Les tribunaux n'ont jamais, à notre connaissance du moins, tranché expressément la question (3). Un seul arrêt, de la Cour de Rennes (4), y fait allusion dans ses motifs. Et la Cour ne semble pas se contenter d'une connaissance quelconque, elle décide que les tiers « ne peuvent se prévaloir de l'absence de mu-

(1) Laurin, sur Cresp, *Droit maritime*, t. I, p. 268. — *Sic* : de Valroger, *loc. cit.*

(2) On pourrait en particulier objecter qu'en droit commercial plus que partout ailleurs il est nécessaire d'assurer la sécurité du crédit et la libre circulation des biens.

(3) On cite d'ordinaire comme tranchant notre question : 1° un jugement du tribunal de commerce de la Rochelle du 3 septembre 1886 (*Revue internationale de droit maritime*, 1886-1887, p. 436) : il s'agissait dans l'espèce de créanciers qui, postérieurement à l'aliénation d'un navire, avaient fait des réparations et voulaient se faire payer, quoique connaissant l'aliénation dont il avait été l'objet, par l'ancien propriétaire sous prétexte que la mutation en douane n'avait pas été opérée ; — 2° un arrêt de la Cour de Caen du 25 août 1868 (S. 70.II.247, D. 70.II.79) : c'était une hypothèse à peu près identique où les demandeurs étaient encore des fournisseurs qui voulaient se faire payer par le vendeur ; — 3° Un arrêt de la Cour de Rouen du 27 novembre 1874, *J. N.*, 75.I.139 ; un armateur, chargé d'effectuer une mutation en douane, prétendait invoquer le défaut de mutation pour se dispenser de rendre des comptes au nouveau propriétaire ; — 4° enfin un arrêt de Rennes du 8 décembre 1892 (*Rev. intern. dr. mar.*, 1893-1894, p. 26), repoussant la demande d'un créancier qui voulait saisir-exécuter un navire entre les mains de son ancien propriétaire après avoir reconnu la cession intervenue en pratiquant saisie-arrêt sur le prix entre les mains du nouvel acquéreur. Dans toutes ces espèces la question, on le voit, était sensiblement différente de celle qui nous occupe, et nous croyons que les juges en matière immobilière auraient donné des solutions analogues.

(4) Rennes, 8 décembre 1892, *Rev. intern. dr. mar.*, 1893-1894, p. 27.

tation s'il est établi par des faits positifs qu'ils ont eu *connaissance pleine et parfaite* de la vente du navire ». Connaissance pleine et parfaite, qu'est-ce à dire ? C'est une expression qu'il y aurait peut-être lieu de rapprocher de cette *connaissance spéciale et personnelle* dont parle, nous le verrons, la Cour de cassation en matière de cession de créance (1). Elle suffit à nous prouver que la doctrine a été au moins téméraire en affirmant qu'ici, à la différence de la solution admise pour la transcription, la jurisprudence se contente de la simple connaissance.

§ 2. — Autres meubles corporels.

I. — Ce qu'il faut admettre pour que se pose la question de responsabilité civile du tiers complice.

II. — Thèse d'après laquelle la propriété des meubles corporels, transférée *inter partes* du jour de la convention, ne le serait à l'égard des tiers qu'à partir de la tradition. — Critique des théories adverses.

III. — Cette thèse adoptée, faut-il expliquer la solution donnée par l'article 1141 du Code civil au moyen de l'idée de responsabilité civile du tiers complice ?

Notre droit n'a pas soumis, ne pouvait pas soumettre, pour avertir les tiers, les aliénations de meubles à une formalité analogue à la transcription immobilière. Peut-on néanmoins concevoir en matière mobilière qu'un premier acheteur, dépouillé par la fraude de l'aliénateur, se trouve en situation d'exercer une action en responsabilité contre le tiers qui a aidé l'aliénateur à violer son obligation ? Au premier abord il semble que non. L'opinion couramment admise, s'appuyant sur l'article 1141 du Code civil, considère en effet que la propriété d'un meuble est transférée

(1) Cass., 7 juillet 1897, S. 98.I.113.

erga omnes par le seul consentement. Ce serait, si on admettait cette solution, supprimer en matière de meubles corporels la question même qui nous occupe ; l'acquéreur étant devenu immédiatement et définitivement propriétaire n'aurait plus rien à craindre des agissements des tiers. Arrêtons-nous donc sur ce point ; avant de chercher comment le problème doit se résoudre, il faut d'abord s'assurer qu'il se pose.

L'article 1141 du Code civil a été très diversement interprété. Trois explications en ont été proposées.

Nous venons d'entrevoir l'explication classique (1) : la propriété des meubles corporels, conformément à l'article 1138 du Code civil, est transférée immédiatement et vis-à-vis de tous par le simple consentement. A ce principe on apporte toutefois un correctif. En vertu de la règle : en fait de meubles, possession vaut titre (art. 2279, C. civ.), le second acquéreur, quoique son titre soit postérieur en date, l'emporte lorsqu'il est entré le premier en possession de bonne foi. C'est en ce sens qu'il faudrait entendre l'article 1141, ainsi conçu : « Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement est purement mobilière, celle des deux qui en a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi. » L'article 1141 ne serait en somme qu'une application de l'article 2279. Dans ce système, nous l'avons vu, le problème que nous examinons ne se pose pas.

En face de cette doctrine classique, s'est dressée une

(1) Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, t. I, n° 409, p. 399 ; Demolombe, *Contrats*, t. I, n° 469, p. 466 ; Larombière, *Obligations*, t. I, art. 1141.

autre explication, développée en particulier par M. Huc (1). Pour les partisans de cette seconde opinion, la propriété des meubles n'est transférée à l'égard des tiers que par la tradition. Jusque-là l'acheteur n'est réputé propriétaire que vis-à-vis de son vendeur. Nous retrouverions ici comme en matière d'immeubles cette sorte de dédoublement entre le contrat générateur d'obligation et le fait translatif de propriété. La question de responsabilité civile du tiers complice se poserait dès lors, sinon tout à fait dans les mêmes termes, du moins dans des termes analogues.

Un troisième système enfin, défendu surtout par des auteurs allemands (2), voit dans l'article 1141 un vestige de l'ancienne théorie du *jus ad rem*. L'acquéreur aurait un droit mixte, intermédiaire entre le droit personnel et le droit réel, opposable seulement aux tiers de mauvaise foi. On n'atteindrait donc ici le tiers que grâce à une conception particulière, et la solution à laquelle nous aboutirions n'aurait aucune valeur propre pour l'élaboration d'une théorie générale.

Ecartons immédiatement cette dernière théorie. Elle est bien certainement toujours restée étrangère à notre législateur, comme permet de s'en rendre compte la lecture des travaux préparatoires (3). D'ailleurs, les auteurs allemands eux-mêmes ne parviennent pas à se mettre d'accord sur la signification du *jus ad rem*. Il y a là, semble-t-il, surtout une méprise de leur part ; ce droit mixte, plus fort qu'un

(1) Huc, *Commentaire du Code civil*, t. VII, n° 128 ; *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, t. XII, p. 286.

(2) Gierke, *Deutsches Privatrecht*, t. II, 1905, § 140, p. 610 ; Stobbe, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, t. III, 1885, p. 153 ; Crome, *Französisches Privatrecht, Allgemeiner Theil*, 1892, p. 220.

(3) V. Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Locré, t. XII, p. 328 ; Favard, *Rapport au Tribunat*, Locré, t. XII, p. 433.

simple droit personnel, nous paraît être tout simplement un droit réel relatif, c'est-à-dire un droit réel n'existant qu'entre les parties.

Cette théorie allemande repoussée, nous retrouvons en présence nos deux théories françaises. Devons-nous déclarer avec le système classique que la propriété des meubles est transférée définitivement du jour du contrat, devons-nous au contraire, adoptant la solution de M. Huc, décider que seule la tradition opérera à l'égard des tiers le transfert de propriété ? Nous avouons nos préférences pour cette seconde opinion. Seule, elle est d'accord avec les enseignements de l'histoire. Il est absolument indéniable que tous nos anciens auteurs (1) proclamaient à l'envi que la propriété mobilière n'était transférée que par la tradition. Or, notre article 1141 a été presque entièrement emprunté à Pothier. Après avoir reproduit le principe de la fameuse loi *Quotiens* (2), portant qu'entre deux acheteurs successifs serait préféré celui qui le premier aurait été mis en possession, fût-il le second en date, Pothier ajoutait : « Le premier acheteur n'aurait qu'une action personnelle contre le vendeur pour ses dommages-intérêts résultant de l'inexécution du contrat, et il ne pourrait la répéter (la chose) contre le second acheteur qui l'aurait achetée de bonne foi, *inscius prioris venditionis* (3). » Notre article 1141 s'est manifestement inspiré de ce passage de Pothier ; il est dès lors vraisemblable qu'il n'a pas voulu renverser les principes de la loi *Quotiens*.

Nous entendons bien qu'immédiatement on nous objec-

(1) V. en particulier Argou, *Institution au droit français*, 10e édit., 1771, t. II, liv. III, chap. XXIII, p. 242.

(2) Code, liv. III, tit. XXII, l. 15.

(3) Pothier, édit. Bugnet, t. III, *Vente*, n° 319, p. 132.

tera l'article 1138 du Code civil. Mais nous répondrons que cet article 1138 n'a pas la portée absolue qu'on lui reconnaît d'ordinaire. Le législateur, en rédigeant cette disposition, n'a eu qu'une préoccupation, celle de mettre les risques à la charge du créancier (1) ; la fin du texte le prouve. Si en 1804 on a décrété le transfert de propriété par la simple convention, c'était uniquement pour imposer plus sûrement les risques au créancier en le rendant propriétaire. Mais pour atteindre ce but, point n'était besoin de transférer la propriété au regard des tiers.

Allons plus loin : supposons un instant que le législateur ait eu dans l'article 1138 l'intention d'admettre ce transfert de propriété *erga omnes* par le simple consentement ; il ne l'aurait fait bien certainement que pour les immeubles : pour les immeubles, c'était seulement sous-entendre les clauses de dessaisine-saisine qui alors étaient devenues de style. Mais, pour les meubles, notre ancien droit ne connaissait pas le système de tradition feinte ; il faudrait donc admettre que le législateur de 1804 a voulu accomplir pour les meubles une véritable révolution, non pas seulement, comme pour les immeubles, consacrer une évolution dès longtemps commencée. Nous aurions aujourd'hui, sous l'empire de la loi de 1855, ce spectacle bizarre de meubles se transférant vis-à-vis de tous, à la différence des immeubles, par la simple convention ; nous aurions pris le contrepied exact des idées de l'ancien droit, où tout au contraire pour les immeubles on se contentait d'un transfert illusoire, d'une tradition feinte, tandis que pour les meubles on exigeait une tradition réelle. Dans ce conflit entre nos deux législations il faudrait d'ailleurs reconnaître que notre ancien droit aurait été singuliè-

(1) Cf. Planiol, *Traité*, t. II, n° 1347, p. 452.

rement plus logique, les tiers connaissant certainement moins facilement une aliénation de meubles qu'une aliénation d'immeubles et n'ayant pour leur révéler l'existence du droit de propriété sur un meuble que le seul fait de la possession.

Nous objectera-t-on l'article 2279 du Code civil? Poursuivra-t-on en disant que nous oublions le lien étroit qui unit l'article 1141 et l'article 2279? Il est en effet très curieux de voir comment la doctrine classique appuie ces deux dispositions l'une contre l'autre, édifiant un véritable château de cartes. Pour expliquer l'article 1141, elle y voit une application de l'article 2279 (1); arrivée à l'interprétation de l'article 2279, pour en découvrir les conditions d'application, elle se réfère à l'article 1141 (2). Et dès lors on comprend le trouble des auteurs classiques quand ils voient porter la main sur l'un des deux textes. Que nos adversaires se rassurent. Nous n'oublions pas l'article 2279. Bien au contraire, nous voulons lui donner sa pleine portée. Nous ne voulons pas davantage établir une antinomie entre l'article 1141 et l'article 2279; mais tandis que, dans la doctrine classique, ces deux articles ne peuvent s'expliquer que l'un par l'autre, d'après nous, ces deux dispositions, sans cesser de concorder, ont une vie propre et indépendantes (3).

Et d'abord, disons-nous, nous restituons à l'article 2279 sa pleine portée. La théorie classique le mutile arbitrairement. « En fait de meubles la possession vaut titre », voilà, semble-t-il, un principe général; la théorie classique en

(1) V. par exemple : Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, t. I, p. 399, n° 409.

(2) Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescription*, p. 580, n° 871.

(3) Ce qui d'ailleurs semble plus logique, la première disposition s'inspirant de Pothier, la deuxième émanant de Bourjon.

restreint l'application au tiers acquéreur, refusant le bénéfice de cet article aux créanciers du vendeur. Pourquoi ? Les auteurs n'en donnent aucune raison, se bornant à dire que l'article 2279 supprime pour les meubles la revendication (1). Il y aurait cependant là une dérogation certaine aux principes autrefois admis (2).

Non moins arbitrairement les partisans de ce système subordonnent l'article 2279 à la condition de bonne foi chez le tiers acquéreur. C'est ici que la doctrine classique, ne trouvant pas cette exigence dans l'article 2279, fait appel à l'article 1141. Pour nous, nous rejetons toutes ces distinctions et nous admettons que l'article 2279 s'applique à l'acquéreur de mauvaise foi comme à l'acquéreur de bonne foi (3). Ce n'est d'ailleurs pas là favoriser la mauvaise foi ; sans doute, d'après nous, l'acquéreur d'un meuble, même de mauvaise foi, réserve faite bien entendu de l'hypothèse prévue par l'article 2279, alinéa 2, sera devenu propriétaire par la tradition, mais ce n'est pas à dire qu'il sera définitivement à l'abri de tout recours. Evidemment la revendication ne pourra être intentée contre lui, mais l'ancien propriétaire aura du moins une action personnelle fondée sur l'article 1382, et, si l'acquéreur a encore le meuble entre les mains ou s'il l'a cédé à un sous-acquéreur de mauvaise foi, la réparation la plus adéquate sera précisément la restitution en nature de la chose.

(1) Planiol, *Traité*, t. I, n° 2459, p. 786.

(2) Merlin, *Rép.*, V° *Biens*, § 1, n° XII, dit formellement : « Les meubles vendus, s'ils ne sont déplacés, peuvent encore être saisis par un créancier parce qu'il est de maxime qu'en fait de mobilier la vente n'est parfaite que par une tradition réelle. »

(3) V. en ce sens : Ortlieb, *Des effets de la possession des meubles*, thèse Nancy, 1871, p. 158, sq. ; Poincaré, *De la revendication des meubles*, thèse Paris, 1883, p. 186, sq.

Voilà réfuté le premier reproche : celui d'oublier l'article 2279. On nous en adresse un second : celui d'établir une antinomie entre les articles 1141 et 2279. Cette antinomie existerait bien si on admettait avec la théorie classique que l'article 2279 ne protège que l'acquéreur de bonne foi. La revendication restant en effet ouverte contre le tiers acquéreur de mauvaise foi, pourquoi l'article 1141 donnerait-il contre ce tiers une action personnelle ? L'objection disparaît d'elle-même avec le système d'interprétation que nous avons proposé de l'article 2279 (1).

Ainsi donc le système que nous défendons, d'après lequel la propriété des meubles n'est transférée à l'égard des tiers que par la tradition, système qui, nous l'avons vu, est conforme aux enseignements de notre ancien droit, n'est contraire à aucun des textes de notre Code, ni à l'article 1138, ni à l'article 2279. Bien plus, il nous semble seul en harmonie avec d'autres dispositions de nos lois : c'est ainsi notamment que seul il concorde avec l'article 1583 aux termes duquel la vente « est parfaite *entre les parties* et la propriété est acquise de droit à l'acheteur, *à l'égard du vendeur*, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée, ni le prix payé ». De cette disposition, ne faut-il pas en effet conclure par un argument *a contrario*, qui véritablement s'impose, que si, entre les parties, la vente est parfaite par le simple consentement, au regard des tiers, la propriété n'est acquise à l'acheteur que lorsque « la chose a été livrée ».

A côté des arguments tirés du texte de la loi, nous invo-

(1) Si on modifie l'interprétation donnée à l'un des deux articles 1141 et 2279 sans modifier également l'interprétation donnée à l'autre, on aboutit forcément à des contradictions. C'est l'écueil auquel s'est heurté Van Bemmelen, *Système de la propriété mobilière*, 1887, p. 420.

querons des arguments tirés de son esprit : la théorie classique fait de la translation des meubles un système à part dans notre droit, un cas où par exception le seul consentement serait suffisant vis-à-vis de tous ; la doctrine que nous défendons, au contraire, en admettant que la volonté des contractants n'opère le transfert qu'*inter partes*, apporte une harmonie parfaite. Elle établit une concordance exacte entre le système suivi en matière de meubles corporels et celui que nous avons vu suivre en matière d'immeubles, celui que nous verrons suivre en matière de meubles incorporels.

Notre doctrine met donc en conformité entre elles les différentes matières de notre droit. Elle fait plus : elle met à l'unisson notre droit et les législations étrangères. Les codes les plus récents, nous l'avons indiqué, n'admettent plus que le transfert de propriété se réalise par le simple consentement. Telle est par exemple l'idée qu'adoptent aujourd'hui le Code civil allemand et le Code civil suisse.

Le système défendu par M. Huc, à tous ces points de vue, nous semble donc beaucoup plus satisfaisant. Est-il d'ailleurs si formellement condamné que le prétendent ses adversaires par la jurisprudence et par la doctrine ? On s'est, croyons-nous, exagéré le triomphe de la théorie classique. La jurisprudence française, en réalité, n'a jamais pris nettement parti : la Cour de cassation, à notre connaissance du moins, n'a jamais formellement tranché la question (1) ; des arrêts de Cours d'appel se rencontrent dans les deux sens (2). La jurisprudence belge, de son côté, dans une lon-

(1) L'arrêt de Cass., 24 juin 1845 (S. 46.I.551, D. 45.I.308), quoique favorable à l'idée d'après laquelle le transfert des meubles s'opère par le simple consentement, n'est en réalité pas décisif.

(2) Citons en faveur du transfert réalisé seulement par la tradition :

gue série d'arrêts (1), a tiré des articles 1141 et 2279 cette solution qu'aujourd'hui encore, à l'égard des tiers, la propriété des meubles ne se transfère que par la tradition, la tradition réelle. La doctrine française elle-même n'a pas toujours été aussi unanime qu'elle l'est actuellement sur la question, et en 1841 un annotateur pouvait dire (2), en rapportant un arrêt qui adoptait la théorie dite aujourd'hui classique : « Cette solution est contraire à l'opinion des auteurs. » C'est que, jusque vers 1850, la solution que nous défendons était la solution généralement adoptée ; les premiers commentateurs du Code (3) la défendaient avec vigueur, et, si plus tard on l'a abandonnée, c'est seulement, croyons-nous, parce qu'on s'est pour ainsi dire laissé griser par l'idée que, sous l'empire du Code, la volonté toute puissante suffisait à transférer la propriété (4) ; c'est peut-

Paris, 13 décembre 1809, D. *Rép.*, V° *Vente*, n° 177-2° ; Paris, 31 mai 1818, D. *Rép.*, *ibid.*, n° 177-3° ; Rennes, 13 novembre 1846, S. 47.II.402. — *Contrà* : Rennes, 8 août 1839, sous Cass., 24 juin 1845 précité ; Bourges, 25 janvier 1841, S. 41.II.624 ; Douai, 5 février 1848, S. 48.II.742, D. 49.II.42.

(1) Liège, 5 mai 1825, *Pas.*, 1825, p. 388 ; 10 août 1838, *Pas.*, 1838, p. 225 ; 1er juillet 1839, *Pas.*, 1839, p. 125 ; 25 juillet 1842, *Pas.*, 1843, p. 23 ; Bruxelles, 2 juillet 1831, *Pas.*, 1831, p. 183 ; 6 décembre 1838, *Pas.*, 1838, p. 248 ; Gand, 21 février 1834, et Cass. belge, 18 novembre 1834, *Pas.*, 1834.I.320.

(2) Sous Bourges, 25 janvier 1841, S. 41.II.624.

(3) Maleville, *Analyse raisonnée du Code civil*, 1805, t. III, p. 37 ; Massé et Vergé sur Zachariae, t. II, p. 217, § 345 ; t. III, p. 364, § 531 ; Toullier, 5e édit., 1839, t. VII, § 35, p. 54 ; Proudhon, *Du domaine de propriété*, t. I, 1839, p. 88, § 83, et p. 358, § 323 ; t. II, p. 64 sq., § 498-500 ; Troplong, *Vente*, 1837, t. I, p. 49, n° 42 ; Duvergier, *Vente*, t. I, n° 37 ; Renaud, *Revue de législation*, 1845, t. II, p. 81 ; Hureaux, *Revue de droit français et étranger*, 1846, p. 772.

(4) « Il serait temps, il semble, dit M. Huc (*Rec. Acad. Toulouse*, t. XII, p. 274), de mettre un terme aux déclarations ampoulées qui se sont produites à cet égard. »

être aussi parce qu'on a voulu établir une symétrie entre le transfert de propriété des meubles et celui des immeubles, à une époque où précisément le législateur allait modifier les principes admis pour les immeubles.

Quoi qu'il en soit des raisons qui la poussèrent, la doctrine changea. Mais elle ne put même pas rester logique avec elle-même sur le nouveau terrain où elle se plaçait. Certaines de ses solutions viennent aujourd'hui rappeler sa théorie passée, un peu comme les blocs erratiques attestent la trace des anciens glaciers. C'est ainsi que l'opinion courante, tout en reconnaissant qu'il faut assimiler les titres au porteur aux meubles corporels, déclare que pour leur transmission la tradition est indispensable (1). Pourquoi ici ne se contente-t-on pas du simple consentement ? Faut-il déclarer que la solution émise par la doctrine classique est vérité en droit civil, erreur en droit commercial ?

Nous admettrons donc que la convention ne fait naître au profit d'un acquéreur de meubles qu'une simple action personnelle. Mais alors, comment expliquer, c'est pour nous la question capitale, que cet acquéreur l'emporte sur un second acquéreur de mauvaise foi, quoique celui-ci soit devenu propriétaire par la tradition ? Cette solution est en effet commandée par l'article 1141 ; en exigeant la condition de bonne foi chez le second acquéreur pour le préférer au premier, il laisse évidemment entendre par un argument *a contrario* que si le second acquéreur est de mauvaise foi, c'est le premier qui doit l'emporter.

Pour expliquer ce résultat, deux explications ont été pro-

(1) V. par exemple ce passage de M. Planiol : « Les titres au porteur sont assimilés à des objets corporels. La créance se confond avec le titre et se transmet en même temps que lui, par une simple tradition de la main à la main », t. II, n° 1619-1°, p. 535.

posées. Comme en matière d'immeubles, les uns ont fait appel à l'action paulienne, les autres au principe de responsabilité civile. Ici encore le système qui paraît avoir été suivi dans notre ancien droit s'appuyait sur l'action paulienne. Pothier, en exigeant, pour maintenir au second acquéreur la propriété, que celui-ci soit *inscius prioris venditionis*, semble bien se référer aux principes de cette action (1). Objectera-t-on que l'action paulienne suppose l'insolvabilité du débiteur (2) ? Les partisans de ce système, comme en matière d'immeubles, répondront qu'à côté de l'insolvabilité *in genere* il existe une insolvabilité *in specie* (3), que l'aliénateur se rend insolvable par cela seul qu'il se met dans l'impossibilité d'exécuter en nature l'obligation qu'il a contractée vis-à-vis du premier acquéreur.

Mais ici encore, et pour les raisons déjà invoquées en matière d'immeubles, nous préférons voir dans la nullité de l'aliénation consentie à un second acquéreur de mauvaise foi une application de l'article 1382 du Code civil. La conséquence, c'est que pour les meubles comme pour les immeubles, il ne suffirait pas chez le tiers, pour justifier l'annulation, d'une connaissance quelconque de la première aliénation, il faudrait apporter la preuve d'un concert frauduleux entre lui et l'aliénateur, ou tout au moins, — nous aurons à rechercher plus tard si les deux formules sont synonymes, — établir qu'il s'est rendu complice de la fraude de l'aliénateur. C'est une solution qui n'a en réalité rien d'incompatible avec le texte de l'article 1141 du Code civil. En vain objecterait-on que l'article 1141 ne protège

(1) Cf. Humbert, *Nouvelles observations sur la loi relative à la transcription*, *Rev. hist.*, 1855, p. 468.

(2) Demolombe, *Contrats*, t. I, n° 469, p. 470.

(3) Procès, *Transcription*, n° 41, p. 90.

que le second acquéreur de *bonne foi*. La loi ne définit pas la bonne foi et rien en somme n'interdit à l'interprète de considérer comme étant de bonne foi même un tiers qui d'une façon indirecte a connu l'existence d'une première vente.

Qu'est-ce au fond que la bonne foi ? La croyance que l'on traite avec le véritable propriétaire de la chose. Mais, si on admet notre interprétation de l'article 1141, l'aliénateur, au moins au regard des tiers, reste propriétaire tant qu'il n'a pas fait tradition. Le second acquéreur, vis-à-vis de qui l'aliénateur garde sa qualité de propriétaire, « n'est donc pas de mauvaise foi au sens strict et juridique du mot » (1). L'est-il davantage au sens vulgaire, banal du mot ? Pas nécessairement. Il peut très bien, quoique connaissant la première vente, parce qu'il ne la voit pas exécuter, s'imaginer que les parties ont changé d'avis, qu'elles n'ont pas donné suite au contrat (2).

Le système que nous proposons n'est par conséquent pas en désaccord avec la loi. Il a d'autre part ce mérite, au point de vue pratique, de mieux protéger les intérêts du commerce, de mieux assurer la sécurité des transactions. On ne comprendrait pas rationnellement qu'en fait de meubles on se contentât de la simple connaissance, alors qu'en matière d'immeubles on exige la collusion frauduleuse ; s'il est vrai qu'il y a dans cette exigence une « règle protectrice du crédit (3) », elle s'impose en matière de meubles plus encore qu'en matière d'immeubles. Comme le dit excellemment M. Saleilles, « les moyens de certitude, relati-

(1) Saleilles, *Possession des meubles*, p. 100.

(2) Cf. en matière d'immeubles : Bressolles, *Exposé des règles de droit civil résultant de la loi du* 23 *mars* 1855, n° 43.

(3) Saleilles, *loc. cit.*

vement aux transactions antérieures dont le meuble aurait pu faire l'objet, restent fort douteux et très suspects ; et il ne faut pas, au point de vue des échanges commerciaux, qu'un acheteur puisse être menacé, une fois la chose livrée, de voir la propriété contestée, sous prétexte qu'on lui avait parlé d'une première vente dont il aurait dû s'enquérir (1) ».

Le droit allemand, avec raison, au point de vue qui nous occupe, ne distingue pas entre les meubles et les immeubles (2). Il ne donne dans tous les cas la préférence au premier acquéreur sur le second que s'il est établi que ce second acquéreur s'est rendu complice d'une fraude ourdie par l'aliénateur. C'est à tort qu'on prête au droit français un système moins logique et moins harmonieux.

§ 3. — Créances transmissibles par les modes du droit civil.

I. — Comment se pose en matière de cession de créance le problème de la responsabilité civile du tiers complice. — Double hypothèse.
II. — Solutions de la doctrine. — Comparaison avec celles qu'on admet en matière de transcription.
III. — Solutions de la jurisprudence. — Comment on paraît s'en être exagéré l'incohérence.

En matière de cession de créances, l'article 1690 du Code civil déclare que « le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur », ou encore « par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique » (3). Immédiatement il vient à l'idée de rapprocher cette formalité de la transcription

(1) Saleilles, *ibid.*

(2) Crome, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, t. III, § 381.

(3) La signification au débiteur étant en pratique presque exclusivement employée, c'est sur elle que porteront de préférence nos raisonnements.

exigée en matière d'immeubles ; immédiatement aussi on est porté à donner pour les deux hypothèses des solutions identiques et à décider en particulier que si, en principe, la simple connaissance d'une cession antérieure non signifiée ne suffit pas pour empêcher un second cessionnaire de se prévaloir de son contrat, il faudrait toutefois donner une réponse inverse au cas où la seconde cession intervenue n'aurait été que le résultat d'une collusion frauduleuse entre le second cessionnaire et le cédant. Cette solution qui semble si simple est cependant loin d'être aujourd'hui unanimement admise, et l'impression qui se dégage dès l'abord en étudiant la matière, qu'on feuillette les auteurs ou qu'on compulse les recueils de jurisprudence, est celle d'une absolue confusion et d'un complet désarroi.

Cette confusion nous semble due d'abord à l'aspect double de la question. Elle se pose dans deux hypothèses, très distinctes : la première correspond exactement à celle déjà étudiée à propos des immeubles et des meubles corporels, c'est celle où le rôle de tiers complice appartient à un second cessionnaire : un tiers connaissant une cession de créance, mais sachant qu'elle n'a pas été signifiée, se fait consentir une seconde cession. La seconde hypothèse au contraire, est spéciale à la matière de la cession de créance : c'est celle où le tiers complice n'est autre que le débiteur cédé lui-même. Hypothèse facile à imaginer : un créancier qui a cédé sa créance profite de ce que le cessionnaire n'a pas encore signifié la cession au débiteur cédé pour s'entendre avec le débiteur qui, de mauvaise foi, lui paie le montant de la dette au préjudice du cessionnaire.

Voilà une première source sérieuse de difficultés : Faut-il assimiler l'hypothèse où le tiers complice est un cessionnaire postérieur et celle où il s'agit du débiteur cédé ? Le

doute est d'autant plus permis que vis-à-vis de ces diverses personnes, la signification, interprétée d'après ses origines historiques, n'a peut-être pas le même sens et la même portée. Vis-à-vis du débiteur cédé elle remonte jusqu'au droit romain. C'était en droit romain, à en croire du moins les civilistes modernes (1), un simple moyen de constituer le débiteur cédé en état de mauvaise foi présumée (2), et par là de l'empêcher de se libérer valablement entre les mains du cédant. A l'égard des autres tiers, au contraire, la signification n'a pris de valeur que dans l'ancien droit. Nos anciens auteurs l'ont considérée comme un moyen d'ensaisiner le cessionnaire, comme l'équivalent d'une tradition (3). A s'inspirer de cette double origine historique, on pourrait être tenté de résoudre la question séparément à l'égard du débiteur cédé et à l'égard du cessionnaire et des autres tiers. Pour le débiteur cédé, la signification ayant été imaginée en droit romain dans le but unique de constituer le débiteur en état de mauvaise foi présumée, si, en dehors de toute signification et par un moyen quelconque, le débiteur avait été mis en état de mauvaise foi, c'est-à-dire avait eu connaissance de la cession intervenue, la signification serait inutile et le cédé ne pourrait pas se prévaloir du défaut de signification pour méconnaître la cession. Pour le débiteur cédé la simple connaissance équivaudrait donc au défaut de signification (4). Vis-à-vis du cessionnaire postérieur, au contraire, et des autres tiers, notre ancien droit, nous l'avons

(1) Wahl, note sous Cass., 7 juillet 1897, S. 98.I.113.

(2) Cette opinion a d'ailleurs été combattue par certains romanistes. V. Girard, *Manuel de droit romain*, 4e éd., p. 733.

(3) Pothier, *Vente*, n° 554.

(4) Cette solution a été soutenue notamment par Troplong, *Vente*, t. II, 1856, n° 901, p. 389.

vu, avait conçu la signification comme équivalant à la tradition. C'est dire que nous devrions appliquer aux créances la règle établie par l'article 1141 en matière de meubles corporels (1). Il nous faudrait, suivant l'interprétation que nous avons proposée de ce texte, décider par analogie qu'en principe, entre deux cessionnaires successifs, serait préféré celui qui le premier aurait rempli les formalités de l'article 1690, même s'il avait connu l'existence d'une première cession. Ce ne serait que dans l'hypothèse où il se serait rendu complice d'une fraude du cédant qu'il pourrait, à titre d'indemnité, malgré la signification, se voir préférer le premier cessionnaire.

Mais aujourd'hui cette interprétation fondée sur l'histoire, consistant à appliquer distributivement au débiteur cédé les solutions romaines et aux autres tiers les conceptions de l'ancien droit a été abandonnée. On reconnaît qu'actuellement l'idée du droit romain et celle de notre ancien droit se sont peu à peu fondues, absorbées en une troisième idée plus large : la signification serait devenue une formalité de publicité analogue à la transcription immobilière.

Ecartons par conséquent ces scrupules historiques. Ramenons le problème à la forme simple sous laquelle il nous était apparu tout d'abord. Allons-nous retrouver en matière de cession de créance les solutions données en matière d'aliénations d'immeubles par la doctrine et la jurisprudence ?

En doctrine les principes admis en ce qui touche la cession de créance concordent bien avec ceux déjà rencontrés à propos de la transcription immobilière. C'est ainsi d'abord que de façon à peu près unanime les auteurs décident que le tiers ne peut pas, quelle que soit sa mauvaise foi et en

(1) Duvergier, *Le droit civil français*, 1835, t. II, n° 210, p. 240.

toute hypothèse, opposer le défaut d'accomplissement des formalités de l'article 1690 (1). On ne peut guère relever ici encore comme opinion dissidente que celle de Mourlon. Logique avec lui même, il maintient en matière de cession de créance les solutions rigoureuses que déjà il adopte pour la transcription : il n'y aurait pas à se préoccuper de la mauvaise foi même la plus caractérisée (2). C'est là une opinion qui n'a pas trouvé d'écho et qu'il est permis de négliger.

Un autre point en doctrine paraît aujourd'hui (3) également certain : c'est qu'à l'inverse la simple connaissance, acquise d'une façon quelconque, n'équivaut pas à signification (4). La solution contraire rendrait d'ailleurs illusoire la disposition de l'article 1690 du Code civil. Lorsque la loi édicte certaines mesures de publicité pour rendre un acte juridique opposable aux tiers, il semble bien que ceux ci doivent légalement être réputés ignorer cet acte tant qu'il n'a pas reçu la publicité prescrite. Décider le contraire, ce serait, sur le point de savoir si en fait il y a eu ou non connaissance, multiplier les procès que le législateur a justement voulu éviter en établissant certaines formalités.

La doctrine a donc à peu près maintenu à l'occasion de la cession de créance les solutions données à propos de la transcription immobilière. Pour les justifier, elle s'est contentée de reprendre certaines explications mises en avant pour les immeubles.

(1) Baudry-Lacantinerie et Saignat, *Vente*, 1900, p. 722, n° 792.

(2) Mourlon, *Répétitions écrites*, 8e éd., 1870, t. III, n° 684, p. 274.

(3) Ce point fut autrefois contesté par Massé et Vergé, *Le droit civil français*, t. IV, § 691, n. 10, p. 326.

(4) Baudry-Lacantinerie et Saignat, *Vente*, n° 792, p. 719 ; — *Contra* : Campion, *De la connaissance acquise par les tiers d'un transfert de créance non signifié*, thèse Lille, 1909.

Beaucoup d'auteurs font de nouveau appel à la maxime *Fraus omnia corrumpit* ; d'autres invoquent le principe posé dans l'article 1382 ; d'autres encore, jugeant sans doute que l'adage *Fraus omnia corrumpit* n'a pas de valeur propre, le renforcent à l'aide de la théorie générale de la responsabilité civile.

A s'en tenir à ces quelques observations, on pourrait croire qu'il existe un parallélisme parfait entre les idées qui ont cours en matière de signification et celles que nous avons vues admises à propos de la transcription. Cette conception ne serait cependant pas absolument exacte. Pour des raisons assez difficiles à préciser, peut-être parce que les considérations d'analogie tirées de l'article 1071 du Code civil avaient ici moins de force (1), la doctrine semble s'être montrée, pour ainsi dire, plus large qu'en matière de transcription, moins circonspecte pour apprécier la mauvaise foi.

C'est ainsi d'abord que ceux qui invoquent le brocard *Fraus omnia corrumpit* n'exigent pas toujours comme un élément nécessaire et indispensable de la fraude le concert frauduleux ou la participation active à des manœuvres frauduleuses. Nous n'en voulons pour preuve que l'opinion de Laurent. Après avoir affirmé en principe que « les formalités établies au profit des tiers sont d'intérêt général et n'admettent pas d'équivalent », Laurent ajoute que ceux qui auront traité en connaissance d'une précédente cession ne pourront pas se prévaloir de l'inaccomplissement des formalités légales, car, en agissant ainsi, « ils sont coupables de mauvaise foi, de fraude, et la fraude fait exception à toutes les règles (2) ». Mais qu'on ne s'y trompe pas ; la

(1) Campion, *op. cit.*, p. 98.

(2) Laurent, *Principes*, t. XXIV, nos 487, sq. ; — Cf. Guillouard, *Traité de la vente et de l'échange*, t. II, no 781.

connaissance dont il est ici question n'est pas une connaissance ordinaire. Laurent lui-même le reconnaît ; il faut qu'il y ait eu une « connaissance aussi certaine que s'il y avait eu signification » (1). Certains partisans de la maxime *Fraus omnia corrumpit* étendent donc pour la cession de créance la notion de fraude au point d'y faire entrer même la simple mauvaise foi caractérisée.

Parmi ceux qui se retranchent derrière l'article 1382, d'autre part, il en est plusieurs qui ont tenté d'en faire plus largement usage dans le domaine de la cession de créance que dans celui du transfert de la propriété immobilière. C'est ainsi que MM. Aubry et Rau proposent de l'appliquer, non seulement dans l'hypothèse où un tiers aurait poussé le débiteur, c'est-à-dire ici le cédant, à violer son obligation, mais encore dans le cas où ce tiers se serait seulement rendu coupable d'une « imprudence grave » (2). Cette solution paraît d'ailleurs difficilement justifiable (3). Pourquoi, en effet, s'arrêter à la notion d'imprudence grave ? Serait-ce un souvenir de la règle d'après laquelle il convient d'assimiler la faute lourde au dol ? Mais, pour avoir voulu respecter la maxime traditionnelle : *magna culpa dolus est* (4), les savants auteurs n'auraient-ils pas oublié un autre principe non moins certain : *in lege Aquilia et culpa levissima venit* (5) ? Pour rester logiques avec eux-mêmes, MM. Aubry et Rau auraient dû, semble-t-il, admettre la responsabilité du tiers même au cas de faute légère. Mais ils n'ont pas osé aller jus-

(1) Laurent, *ibid.*

(2) Aubry et Rau, 4e éd., t. IV, § 359 *bis*.

(3) V. en particulier, pour la critique de cette théorie, Baudry-Lacantinerie et Saignat, *Vente*, n° 792, p. 721 ; Wahl, note au S. 1898.I.113.

(4) Dig., liv. L, tit. XVI, fr. 226.

(5) Dig., liv. IX, tit. II, fr. 44.

que-là ; ç'aurait été mettre à la charge du tiers une responsabilité évidemment trop lourde, ç'aurait été aussi et surtout démolir à peu près complètement le système de l'article 1690.

Comment expliquer cette théorie peu satisfaisante de MM. Aubry et Rau ? Pourquoi n'ont-ils pas ici, comme le dit M. Wahl, leur « netteté habituelle » (1) ? C'est, croyons-nous, qu'on peut concevoir plusieurs façons de faire intervenir en notre matière l'article 1382. Bornons-nous pour l'instant à indiquer ces flottements particulièrement intéressants pour nous ; nous essaierons plus tard, en étudiant le fondement de la responsabilité civile du tiers, de les expliquer.

Ces incertitudes constatées en doctrine, nous les retrouvons encore plus graves en jurisprudence (2).

Sur les points fondamentaux sans doute, la jurisprudence et la doctrine sont d'accord ; les mêmes jalons pour toutes deux limitent le domaine de la controverse. Les tribunaux comme les auteurs reconnaissent, d'une part, que le tiers ne peut pas dans tous les cas, et quelle que soit sa mauvaise foi, se prévaloir du défaut d'accomplissement des formalités de l'article 1690 ; d'autre part, que la simple connaissance ne supplée pas à la signification.

Mais sur le terrain circonscrit de la sorte, la jurisprudence a-t-elle réussi à bâtir véritablement un système, à tracer une ligne de démarcation précise entre les cas où le tiers est admis et ceux où il n'est pas admis à invoquer le défaut de signification ? Certains auteurs l'ont nié et se sont

(1) Wahl, note au S. précitée.

(2) Pour l'étude de la jurisprudence, v., outre la thèse de M. Campion et la note de M. Wahl, une *chronique* de M. Demogue, *Rev. trim.*, 1905, p. 895.

plu à montrer ses « obscurités » (1). En réalité « la divergence paraît être beaucoup plus dans la formule employée par les arrêts que dans le fond » (2). La jurisprudence semble avoir très logiquement consacré en matière de cession de créance une idée directrice analogue à celle qui déjà l'avait guidée en matière de transcription immobilière : à savoir que si, en principe, le tiers peut opposer le défaut d'accomplissement par le cessionnaire des formalités légales, il en va autrement dans le cas spécial où il est intervenu entre lui et le cédant un concert frauduleux destiné à dépouiller le cessionnaire.

C'est une distinction qu'on trouve déjà en germe dans un arrêt de la Cour de cassation du 17 mars 1840 (3). Un tiers, se prévalant à l'encontre d'un cessionnaire du défaut de signification, le cessionnaire demandait à prouver que le tiers, en fait, avait eu connaissance de la cession. La chambre des requêtes lui répond que cette connaissance n'équivaut pas à signification ; suivant l'expression de la Cour d'appel, « ce fait, en le supposant établi, ne serait pas constitutif de la fraude ». C'est laisser entendre que le tiers, s'il s'était rendu coupable d'une fraude, ne pourrait plus invoquer le défaut de signification. C'est la solution que devait expressément donner la Cour dans un arrêt du 17 février 1874 (4) ; la dame Jacob avait « sciemment participé à la fraude ». La Cour d'Aix (5) pourtant, plus récemment, avait eu le tort d'oublier la distinction faite par la Cour suprême entre la fraude et la simple négligence. Elle avait interdit à un cer-

(1) Wahl, *loc. cit.*
(2) Baudry-Lacantinerie et Saignat, *Vente*, n° 792, p. 722.
(3) Cass., 17 mars 1840, S. 40.I.197.
(4) Cass., 17 fév. 1874, S. 75.I.399.
(5) Aix, 12 avril 1893.

tain Kerform de se prévaloir, au détriment d'un cessionnaire, de l'inaccomplissement des formalités de l'article 1690, en se fondant sur le seul fait qu'il « avait eu connaissance de la cession... et sans établir qu'il y ait eu fraude de sa part ». Le 24 décembre 1894, son arrêt fut cassé (1). La Cour de Nîmes (2), devant laquelle l'affaire fut renvoyée, condamna, comme celle d'Aix, les prétentions de Kerform, mais cette fois par ce motif que « Kerform n'avait pas seulement connu la cession », mais qu'il en avait eu « connaissance spéciale et personnelle ». La chambre civile, saisie d'un nouveau pourvoi, le 7 juillet 1897 (3), le rejeta, et, s'appropriant la formule même de la Cour de Nîmes, elle reconnut que ne pouvait se prévaloir du défaut d'accomplissement des formalités légales le tiers qui avait eu « connaissance spéciale et personnelle » de la cession. *Connaissance spéciale et personnelle*, c'était là une formule peu heureuse qui allait susciter de nombreuses critiques (4). Mais, de ce que la Cour de cassation n'a pas répété en 1897 le mot de fraude dont elle s'était servie en 1894, en faut-il déduire, comme on l'a prétendu, qu'elle a rendu dans cette affaire « deux arrêts contradictoires » (5). Cette conclusion est, à notre sens, absolument inadmissible, et la preuve, nous la trouvons dans la procédure même de l'affaire. Qu'on ne l'oublie pas, c'est la Chambre civile qui a été saisie du pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Nîmes, ce ne sont pas les Chambres réunies. Cela montre jusqu'à l'évidence que la Cour de Nîmes n'a pas reproduit purement et simplement la thèse de

(1) Cass., 24 décembre 1894, S. 95.I.69.
(2) Nîmes, 16 juillet 1895, S. 98.I.113.
(3) Cass., 7 juillet 1897, S. *ibid.*
(4) Wahl, note sous Cass., 7 juillet 1897, S. 98.I.113.
(5) Campion, *op. cit.*, p. 63.

la Cour d'Aix ; la Cour de cassation n'a pas eu à se déjuger. L'arrêt de 1894 et l'arrêt de 1897, dans des formes différentes, expriment au fond la même idée. La fraude, en l'espèce, était certaine, et la Cour de cassation a eu raison en 1897 d'approuver la condamnation prononcée contre Kerform. On peut lui reprocher sans doute d'avoir employé à la suite de la Cour de Nîmes une formule peu nette, mais, sous la connaissance spéciale et personnelle, c'est toujours le concert frauduleux qu'elle exige, c'est toujours « la fraude », comme elle le disait dans son arrêt de 1894.

Telle est, nous semble-t-il, la solution certaine de notre jurisprudence. Il y a des cas pourtant où on pourrait croire que nos tribunaux s'en sont écartés, qu'abandonnant la distinction de la simple connaissance et de la fraude, ils se contentent de la première ; mais ce n'est là, à notre avis, au moins pour une large part, qu'une illusion. Ces prétendues décisions divergentes s'expliquent par des causes particulières qu'il nous faut en terminant essayer de mettre en lumière.

D'abord par une théorie de la jurisprudence à laquelle on n'a pas jusqu'ici assez prêté attention. On répète à l'envi (1) que les juges, pour assouplir le système rigide de l'article 1690, ont été amenés à considérer l'acceptation sous seing privé ou même l'acceptation tacite émanant du débiteur cédé comme équivalant au regard de ce débiteur à une acceptation authentique (2). De là déjà il faut tirer cette conséquence, pour nous intéressante, que, si le débiteur a manifesté sa connaissance de la cession dans un acte qu'on pourra interpréter comme une acceptation, il ne pourra plus par la suite invoquer le défaut d'accomplisse-

(1) Planiol, *Traité*, t. II, n° 1613, p. 533.
(2) Cass., 6 février 1878, S. 78.I.168, D. 78.I.275.

ment des formalités de l'article 1690. Mais ce qu'on a moins remarqué, et ce qui au point de vue qui nous occupe a pourtant une importance plus grande encore, c'est que, parallèlement à cette jurisprudence, s'en est formée une autre. Le tempérament que les arrêts avaient admis en matière d'acceptation, ils ont été amenés à l'introduire également en matière de signification. La jurisprudence dans plusieurs décisions (1), a reconnu que la notification de la cession faite en une forme quelconque au débiteur cédé équivalait à son égard à une signification par acte authentique. De l'application de cette idée, il résultera que dans bien des cas le débiteur cédé, par cela seul que le cessionnaire, en une forme quelconque, a porté la cession à sa connaissance, en dehors même de toute fraude caractérisée, sera privé du droit d'opposer le défaut d'accomplissement des formalités de l'article 1690. Cette double solution jurisprudentielle explique, croyons-nous, bien des arrêts (2) où on a voulu voir des contradictions de la jurisprudence, sur lesquels on s'est appuyé pour prétendre que la pratique n'exige pas la preuve de la fraude (3).

Voilà une première cause d'incertitude. Nous en signalerons une seconde. La jurisprudence, dans la plupart de ses décisions, ne justifie pas sa conduite, il semble qu'elle s'appuie implicitement sur l'adage *Fraus omnia corrumpit*. Mais parfois elle veut donner à la condamnation du tiers un

(1) Orléans, 4 décembre 1886, S. 88.II.154 ; Toulouse, 20 mars 1888, *Gaz. Pal.*, 1888.II.277 ; Trib. civ. Seine, 10 février 1908, *Gaz. Pal.*, 1908.I.225 et note dans *Rev. trim.*, 1908, p. 364.

(2) Cass., 6 février et 12 mars 1878, D. 78.I.273 et 275 ; Bastia, 2 mai 1842, S. 42.II.457. D'ailleurs il semble bien que dans cette dernière espèce, les circonstances de la cause dénotaient, quoique l'arrêt fût muet sur ce point, un véritable concert frauduleux.

(3) Campion, *op. cit.*, p. 50.

fondement plus solide. Elle se place sur le terrain de l'article 1382, et c'est alors que, sous couleur de délit ou de quasi-délit, elle se laisse dans certains cas entraîner, avec MM. Aubry et Rau eux-mêmes, à décider qu'à titre de réparation le tiers, coupable même d'une simple imprudence, se trouvera mis dans l'impossibilité d'invoquer le défaut de signification (1). Il en résulte, entre la solution admise en matière d'aliénation d'immeubles et celle consacrée à propos de la cession de créance, certaines discordances qui, une fois encore, nous prouvent la nécessité de préciser la nature et le fondement de la responsabilité civile du tiers.

§ 4. — Titres nominatifs.

L'arrêt de la Cour de cassation du 10 janvier 1905. — Sa portée.

Les titres nominatifs ne sont que des créances d'un genre spécial ; il est donc tout naturel de rapprocher le transfert des titres nominatifs et la cession de créance. Comme en matière de créances, la convention ne transfère la propriété qu'entre les parties ; pour que la cession soit opposable aux tiers, il faut remplir certaines formalités. Mais pour les titres nominatifs, ces formalités, au lieu de consister en une signification ou une acceptation du débiteur cédé (art. 1690, C. civ.), se réduisent à « une déclaration de transfert inscrite sur les registres » de l'établissement débiteur (art. 36, C. com.).

Qu'on suppose deux aliénations successives du titre, que le second acquéreur fasse le premier transférer, le premier acquéreur dépouillé pourra-t-il lui objecter qu'il a eu con-

(1) Cass., 5 mars 1838, S. 38.I.630.

naissance de la première aliénation, connaissance quelconque, ou faudra-t-il pour triompher qu'il prouve qu'une fraude a été commise à son détriment?

Un arrêt de la Cour de cassation du 10 janvier 1905 (1) donnerait à croire que la jurisprudence, ici, se contente de la simple connaissance. Il s'agissait dans l'espèce d'un conflit s'élevant entre un acquéreur et un créancier gagiste postérieur. La Chambre des requêtes décide que le cessionnaire, quoique n'ayant pas rempli la formalité du transfert, ne verra pas son droit paralysé par l'effet du contrat de nantissement, « ce contrat ayant, d'après les déclarations souveraines des juges du fait, à raison de la connaissance qu'avait Ribot des cessions antérieurement faites à Macquart, un caractère dolosif qui le rendait inopposable aux tiers ». La Cour, serait-on tenté de dire, ne vise que la connaissance, elle ne fait pas allusion à la fraude. L'argument serait spécieux. La Cour de cassation a soin de relever que le nantissement avait un caractère dolosif, et il suffit de se reporter à l'exposé des faits contenu dans l'arrêt attaqué (2) pour s'apercevoir qu'en l'espèce on trouvait réunis tous les éléments d'une fraude caractérisée ; le créancier-gagiste n'avait pas seulement eu connaissance de la cession antérieure, il s'était rendu coupable d'une véritable collusion. Comme en 1897 pour la cession de créances, la Cour de cassation a pu rendre un arrêt ambigu ; elle n'a pas pour autant abandonné ses principes.

(1) S. 1905.I.328, D. 1906.I.345. — Cf. Demogue, *Rev. trim.*, 1905, p. 898.

(2) Rapporté au D., sous Cass. précité.

CHAPITRE II

VIOLATION D'UNE OBLIGATION DE FAIRE.

Conséquences possibles de la responsabilité civile du tiers. — Nullité ou dommages-intérêts.

Dans le chapitre précédent nous avons vu sanctionner par l'inopposabilité l'acte du tiers qui pousse un débiteur à violer son obligation. Le débiteur s'était engagé à transférer la propriété d'une chose à une personne déterminée ; un tiers survient, traite à nouveau et remplit le premier les conditions de publicité (1) exigées par la loi ; pour punir sa fraude, on décidera que les mesures de publicité auxquelles il a satisfait, qui, d'après les principes généraux, l'auraient rendu propriétaire, seront inopposables à l'acquéreur qui avait traité antérieurement.

En matière d'obligations de faire, nous retrouverons bien encore cette sanction, mais nous verrons aussi et surtout frapper le tiers de dommages-intérêts.

La raison de cette différence se conçoit aisément. Pour l'obligation de donner, la réparation la plus adéquate que puisse obtenir le premier acquéreur, c'est évidemment de recevoir la propriété de la chose à laquelle il avait légitimement droit. Mais dans le domaine de l'obligation de faire, on ne peut, du moins en général, procurer au créancier une

(1) On peut considérer la tradition elle-même comme une mesure de publicité pour les meubles.

satisfaction aussi parfaite (1). Suivant l'ancien adage, *nemo potest præcise cogi ad factum*. Si donc un débiteur, sous l'influence d'un tiers, n'accomplit pas l'acte auquel il s'est engagé,on ne peut exiger,pas plus du tiers que du débiteur, une réparation en nature. Si par exemple un commerçant attire à son service l'ouvrier d'un concurrent, il ne peut bien certainement être question d'arracher de force à ce commerçant l'ouvrier qu'il a débauché pour le rendre à son ancien patron. Le seul moyen de l'atteindre, c'est de le condamner à des dommages-intérêts.

La réparation du préjudice sera donc moins précise et moins complète. Moins précis également et moins complet sera le cadre de notre étude. L'objet d'une obligation de donner se ramène toujours au transfert de propriété d'un meuble ou d'un immeuble ; l'objet des obligations de faire est au contraire infiniment varié, et ce serait folie de songer à les passer toutes en revue. Nous en serons réduit à envisager un peu au hasard certaines hypothèses extrêmement diverses et à rechercher dans ces différents cas quelles solutions on a données. Si précédemment nous pouvions rêver de faire un tableau, notre ambition maintenant doit se réduire à une esquisse.

(1) Cf. Leduc, *Des avant-contrats*, thèse Paris, 1909, p. 127.

SECTION I. — Rupture d'une promesse unilatérale de vente.

I. — Promesse unilatérale de vente proprement dite. — Sa nature juridique. — Son utilité économique. — Comment se pose le problème de la responsabilité civile du tiers complice. — Sa portée réduite dans le système qui considère la promesse unilatérale de vente comme engendrant un droit réel conditionnel. — Son importance dans le système plus exact de l'obligation de faire. — Solutions de la jurisprudence.

II. — Pacte de préférence. — Assimilation à la promesse unilatérale de vente.

Sur les confins de l'obligation de donner et de l'obligation de faire, véritable transition entre les deux domaines, nous trouvons la promesse unilatérale de vente. Pour les uns, obligation conditionnelle de transférer la propriété, c'est-à-dire de donner, la promesse de vente est au contraire pour les autres une obligation pure et simple de maintenir une offre, c'est-à-dire de faire.

Qu'est-ce donc que la promesse unilatérale de vente ? Le Code civil ne l'a pas prévue. Les articles 1589 et 1590 ne font allusion, on est aujourd'hui d'accord sur ce point, qu'à la promesse synallagmatique. Partant de là, une théorie anciennement soutenue (1) a prétendu que le Code civil, ne parlant pas des promesses unilatérales de vente, avait entendu les supprimer. Seule serait reconnue la promesse synallagmatique de vente, qui, aux termes de l'article 1589, « vaut vente ». Quant à la promesse unilatérale, ce serait une simple pollicitation. Mais c'était aller à l'encontre de toute la tradition de notre ancien droit, telle qu'elle ressort

(1) Merlin, *Rép.*, V° *Vente*, § VII, n° 5; *Questions de droit*, V° *Promesse de vente* ; Toullier, *Le droit civil français*, t. IX, n° 91.

en particulier des œuvres de Pothier (1) et de la jurisprudence des Parlements (2). Aussi cette théorie est-elle actuellement complètement abandonnée, et tous les auteurs reconnaissent aujourd'hui à la promesse unilatérale de vente une place entre la promesse synallagmatique et la simple pollicitation (3).

C'était là d'ailleurs une nécessité pratique. Dans bien des cas son utilité est évidente. Supposons par exemple qu'un industriel, au moment de bâtir une usine, prévoie que, dans un avenir plus ou moins lointain, il sera amené à donner une extension nouvelle à son entreprise. Désireux de ne pas se voir entraver dans ses agrandissements par la mauvaise volonté des propriétaires voisins, cet industriel, avant de bâtir une usine sur un terrain qui plus tard pourrait devenir insuffisant, se fait consentir par les propriétaires des terrains voisins des promesses de vente. Nanti de ces promesses, si l'entreprise prospère, l'industriel pourra à son gré la développer. Ici bien évidemment la promesse synallagmatique de vente, équivalant à la vente elle-même, ne remplirait pas ce rôle, puisque, jusqu'au moment de l'acquisition définitive des terrains nouveaux, l'industriel veut réserver son consentement ; d'une façon non moins certaine, la simple pollicitation ne répondrait pas davantage au but qu'on se propose d'atteindre, puisqu'à chaque instant les propriétaires des terrains voisins pourraient rétracter la pollicitation qu'ils avaient faite et enlever ainsi à l'industriel la sécurité sur laquelle il avait comptée.

Par cet exemple on voit l'utilité de la promesse de vente,

(1) Pothier, *Vente*, n°s 476 sq., édit. Bugnet, t. III, p. 190 sq.

(2) Sur la jurisprudence des Parlements, v. Defaye, *Les promesses unilatérales de vente*, thèse Paris, 1907, p. 23.

(3) Baudry-Lacantinerie et Saignat, *De la vente et de l'échange*, 1900, p. 41, § 63.

mais on aperçoit en même temps les dangers auxquels le bénéficiaire est exposé. Un tiers jaloux, un concurrent, aura souvent la tentation d'inciter ou d'aider le promettant à violer son obligation. Le péril est d'autant plus grave qu'un long délai peut s'écouler entre le jour de la promesse et celui de sa réalisation. Il ne s'agit plus, comme dans l'hypothèse de vente non suivie de transcription ou de cession de créance non signifiée, d'un péril essentiellement temporaire qui, si du moins le créancier est prudent, ne le menace que pendant quelques jours. Il s'agit d'un péril durable qui peut se prolonger pendant des années, ce qui offre aux tiers toute facilité pour méditer et préparer de concert avec le promettant la fraude destinée à faire évanouir les espérances du stipulant. C'est ce qui donne ici une importance particulière au problème de la responsabilité civile du tiers complice.

Certains auteurs (1), il est vrai, ont cherché, dans la mesure du possible, à l'éluder. Pour donner au stipulant, à l'égard des tiers, une situation plus inattaquable, ils ont prétendu que la promesse de vente engendrait un droit réel conditionnel (2). Promettre de vendre, ont-ils dit, « c'est

(1) Mourlon, *De la transcription*, t. I, p. 92 sq. ; Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. I, art. 1138, n° 13 ; Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil*, t. VII, n° 10 *bis*, V ; Huc, *Commentaire du Code civil*, t. X, n°s 27 sq.

(2) Une opinion récente, imaginée par M. Demogue, aurait voulu substituer à la notion de droit conditionnel celle de droit éventuel, la réalisation du contrat dépendant non d'un élément extrinsèque, une condition, mais d'un élément intrinsèque, le consentement de l'une des parties. Mais M. Demogue lui-même, après avoir exposé la théorie du droit éventuel, reconnaît qu'en matière de promesse de vente « il lui semble plus naturel de ne pas séparer le droit éventuel du droit conditionnel. » (Demogue, *Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance*, *Rev. trim.*, 1905, p. 723-791, et 1906, p. 231-319 ; pour les promesses de vente, v. surtout : 1906, p. 253-259).

faire une convention conditionnelle subordonnée pour le promettant à la condition suspensive de l'acceptation (1) ». Dès l'instant de la promesse, le bénéficiaire serait un véritable acquéreur sous condition suspensive. Il suffirait, pour que la vente devînt pure et simple, que plus tard le stipulant manifestât son intention de profiter de la promesse. Si cette condition se réalisait, le bénéficiaire serait rétroactivement réputé propriétaire du jour même de la promesse (art. 1179, C. civ.). Par suite les constitutions de droits réels quelconques, et en particulier les aliénations consenties par le promettant à des tiers postérieurement à cette date, s'évanouiraient comme consenties *a non domino*. Mais, pour que cette caducité se produisît, il faudrait, bien entendu, que l'aliénation conditionnelle fût devenue opposable aux tiers, c'est-à-dire qu'elle eût été transcrite (2). La nécessité de la transcription peut en effet s'induire ici d'un double argument *a fortiori*. Au point de vue théorique d'abord, il serait absolument inadmissible de voir la promesse de vente produire par elle seule vis-à-vis des tiers des effets que ne produit pas la vente parfaite elle-même ; au point de vue pratique ensuite, les tiers ont encore plus besoin d'être protégés contre une promesse de vente que rien ne leur décèle que contre une vente véritable où le déplacement de la possession d'ordinaire leur révèle la mutation de propriété.

La transcription serait donc indispensable pour rendre une promesse de vente opposable aux tiers. Et, comme pour les partisans de cette théorie la promesse de vente se ramènerait à une vente, c'est-à-dire à une obligation de donner, nous retrouverions ici, pour la responsabilité civile du tiers

(1) Ballot, *Revue du droit français et étranger*, 1848, p. 118.

(2) Nous ne faisons ici allusion qu'à la promesse de vente la plus fréquente, celle qui porte sur des immeubles.

complice, une application des idées que nous avons exposées au chapitre précédent sur l'obligation de donner. Nous raisonnions alors sur une hypothèse de double vente pure et simple ; ici la première des deux ventes serait conditionnelle ; mais peu importe, les résultats seraient les mêmes. Il faudrait ici encore décider qu'en principe le tiers ne pourrait être inquiété sous prétexte qu'il aurait eu connaissance de la promesse intervenue par une voie autre que la transcription ; à la règle ainsi posée on apporterait une exception au cas où la seconde vente aurait été le résultat d'un concert frauduleux avec le promettant. Un arrêt de Lyon du 6 juillet 1883 (1) a fait une très juste application de ces idées : « A la vérité, dit-il, la loi du 23 mars 1855 qui donne la préférence au second acquéreur, qui a fait transcrire son contrat, n'exige pas qu'il ait ignoré la première vente, mais... autre chose est une connaissance quelconque, pour employer l'expression des jurisconsultes, qu'aurait le second acquéreur de la première vente ; autre chose la connaissance que lui en aurait donnée le vendeur lui-même. »

Si cette théorie était exacte, nous aurions commis une erreur de plan évidente en dissociant l'étude des deux questions. Mais cette opinion qui voit dans la promesse unilatérale de vente, une vente conditionnelle, est aujourd'hui de plus en plus abandonnée en doctrine et surtout en jurisprudence. On a en effet, nous semble-t-il, adressé à cette thèse des objections irréfutables. Comme on l'a fait excellemment remarquer, ceux qui font remonter au jour de la promesse l'effet de la déclaration par laquelle l'acheteur a manifesté l'intention d'acheter aux conditions proposées confondent évidemment un élément nécessaire à l'existence de la vente avec une condition suspensive à laquelle

(1) D. 1885.II.259.

aurait été subordonnée une vente d'ailleurs parfaite (1). En admettant même qu'on puisse envisager le consentement de l'une des parties comme une simple condition, on se heurte à une objection encore plus grave. En considérant le bénéficiaire de la promesse comme un acheteur conditionnel, il faut de toute nécessité décider que cet acquéreur est débiteur du prix sous une condition purement potestative de sa part. Mais ici se dresse l'article 1174 du Code civil aux termes duquel « toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige (2) ».

Ainsi se trouvait condamnée l'opinion d'après laquelle la promesse de vente procurerait au bénéficiaire un droit réel. Le tort de ses partisans avait été de vouloir ramener la promesse de vente à une obligation de donner. Pour nous il y a là une obligation de faire. C'est là d'ailleurs la solution couramment admise aujourd'hui. L'obligation du promettant, c'est purement et simplement de maintenir l'offre qu'il a adressée au bénéficiaire (3). Le bénéficiaire n'a aucun droit réel et, n'ayant pas de droit réel, il ne peut recourir, pour se protéger à la formalité de la transcription. Dès lors apparaît dans sa plénitude le danger d'une fraude concertée entre le promettant et un tiers. La promesse de vente n'engendrant qu'une obligation, comment atteindre le tiers qui

(1) Cf. Aubry et Rau, *Cours*, 4e éd., t. IV, § 349, p. 334, n. 13.

(2) Colmet de Santerre (*Cours analytique*, 2e éd., t. VII, n° 10 *bis*. V et VI, p. 21-22) a cherché à éviter l'écueil tiré de l'article 1174 du Code civil en disant : s'il n'y a pas vente conditionnelle, il y a du moins obligation conditionnelle de donner. Mais v. sur les objections auxquelles se heurte cette opinion : Defaye, *op. cit.*, p. 71 sq.

(3) V. Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, 5e éd., t. II, p. 431, § 209, texte et n. 4 ; Guillouard, *Vente*, t. I, n° 84 ; Cass., 10 mars 1886, S. 87.I.83, D. 87.I.261 ; Nancy, 2 mars 1889, S. 90.II.127 ; Tours, 14 novembre 1906, *Gaz. Trib.*, 5 janvier 1907.

se rend complice de la violation par le débiteur de l'obligation ?

Le moyen d'atteindre les tiers a été ici encore cherché dans l'application des articles 1167 et 1382. Qu'on fasse appel à l'un ou à l'autre, il est un point certain : le stipulant ne peut inquiéter les acquéreurs de bonne foi. C'est en effet ce que proclame un jugement du tribunal de Boulogne-sur-Mer. « Le seul droit qui appartient au bénéficiaire, du jour de la promesse au jour de son acceptation, est un droit personnel ou de créance, non opposable aux tiers de bonne foi (1). » Cette inopposabilité de la promesse aux tiers de bonne foi est d'ailleurs, à notre sens, une solution heureuse (2). Le système qui fait du stipulant un acquéreur conditionnel, devenant rétroactivement propriétaire du jour de la promesse, nous semble sacrifier les intérêts des tiers de bonne foi et rendre trop incertaine la propriété. Ce n'est pas, semble-t-il, à une époque où on attaque si vivement la notion même de rétroactivité, qu'il convient de lui donner, sans aucune utilité, un champ d'application nouveau.

Seuls, les tiers de mauvaise foi seront exposés aux poursuites, et c'est à l'égard précisément d'un tiers de mauvaise foi qu'un arrêt récent de la Cour de Nancy (3) est venu résumer l'état de la jurisprudence sur la question. Une promesse de vente avait été consentie par les consorts Leclère à un de leurs locataires, le sieur Josserand. Postérieurement, une société rivale de Josserand, l'*Espérance*, s'étant concertée avec Leclère, ainsi que cela résultait notamment de la mention du bail faite dans l'acte de vente, achetait les ter-

(1) Trib. Boulogne-sur-Mer, 15 avril 1897, S. 98.II.20.

(2) M. Demogue considère au contraire « qu'en législation la solution favorable au bénéficiaire de la promesse doit être adoptée » (Demogue, *Rev. trim.*, 1906, p. 253).

(3) Nancy, 4 avril 1906, S. 1906.II.241, note de M. Bourcart.

rains sur lesquels comptait Josserand. La Cour de Nancy, après avoir rappelé le principe que la promesse unilatérale de vente « ne transfère à son bénéficiaire aucun droit réel et ne lui impose en revanche aucune transcription », mais « lui procure du moins une créance qui, loin d'être conditionnelle, est pure et simple », déclare « que la violation par les consorts Leclère et la société l'*Espérance* de l'engagement rigoureux et absolu que les premiers avaient pris à l'égard de Josserand et que la seconde connaissait pertinemment et en second lieu le préjudice qu'ensemble et de concert ils lui ont causé par leur combinaison malveillante, doivent entraîner contre les uns et contre l'autre, aux termes des articles 1167 et 1382 du Code civil, une condamnation à des dommages-intérêts ». Il est à remarquer que la Cour de Nancy, ayant le choix entre l'article 1167 et l'article 1382, fait une application cumulative des deux dispositions. Pour nous, ici encore, nous préférons décider que si le tiers peut être poursuivi, c'est parce qu'en aidant à commettre un acte frauduleux, il engage sa responsabilité.

Qu'on ne se laisse d'ailleurs pas dérouter par cet appel fait à l'article 1382. Ce ne sont pas des dommages-intérêts qui sanctionneront la mauvaise foi de l'acquéreur. On reconnaît aujourd'hui, nous l'avons vu, que l'article 1382 peut conduire à une réparation plus adéquate du préjudice causé (1). Or ici la réparation la plus parfaite que l'on puisse infliger au tiers, c'est certainement de l'obliger à restituer l'immeuble qu'il a frauduleusement acquis. C'est là d'ailleurs la conclusion à laquelle aboutit l'arrêt de Nancy qui prononce « l'annulation de la vente frauduleuse ».

Telles sont les solutions admises par la jurisprudence en matière de promesses unilatérales de vente. Ces solutions

(1) V. notamment Bourcart, note au S. précitée. — Cf. Demogue, *loc. cit.*, p. 256.

doivent-elles être maintenues dans une hypothèse voisine, celle du pacte de préférence ? Par cette convention, on le sait, le promettant s'engage pour le cas où il consentirait à vendre une chose, à la vendre de préférence, à égalité de prix, à une personne déterminée, si celle-ci se décide elle-même à acquérir.

Il y avait ici des raisons particulières de douter. Tout d'abord, si on peut considérer le pacte de préférence comme une variété de la promesse unilatérale de vente (1), il faut reconnaître que cette promesse de vente n'est plus pure et simple, mais conditionnelle. On aurait donc pu, le bénéficiaire ayant un droit moindre que dans l'hypothèse de promesse de vente ordinaire, le protéger de façon moins énergique contre les agissements des tiers. A l'inverse, il aurait pu y avoir une autre cause d'hésitation. Le pacte de préférence est souvent consenti au profit du vendeur d'une chose, qui, ne voulant pas la voir tomber aux mains d'étrangers, stipule en la vendant qu'il aura la préférence si l'acheteur veut revendre. Or, dans notre ancien droit, cette convention, connue sous le nom de *promesse de revente*, engendrait un droit réel. Cette considération aurait pu conduire à reconnaître au bénéficiaire du pacte de préférence, au moins dans certains cas, un véritable droit réel. Mais cette seconde cause ne semble jamais avoir eu grande influence sur notre

(1) Ceci a été contesté en particulier par Duvergier, *Le droit civil français*, t. II, n° 13. Certains auteurs sont même allés jusqu'à nier la validité du pacte de préférence, l'obligation du promettant y étant subordonnée à la volonté du débiteur. Mais l'article 1174 du Code civil est ici inapplicable, car il n'interdit que la condition purement potestative, non la condition qui dépend d'un fait que le débiteur peut ou non faire arriver, mais qui, une fois arrivé, ne dépend plus de sa volonté (Baudry-Lacantinerie et Saignat, *Vente*, p. 47, n° 71).

jurisprudence moderne (1). Il y aurait peut-être lieu au contraire de rattacher à la première les scrupules qu'ont longtemps éprouvés les tribunaux à enlever au tiers de mauvaise foi la chose qu'il avait acquise au mépris du pacte de préférence. Jusqu'à ces dernières années, la jurisprudence, refusant tout recours contre le tiers, n'accordait au bénéficiaire du pacte qu'une action en dommages-intérêts contre le promettant (2). Mais aujourd'hui ces scrupules paraissent vaincus. Un arrêt de la Cour de cassation du 15 avril 1902 (3), confirmant un arrêt de la Cour de Limoges du 5 juin 1899 (4), adopte une solution tout à fait analogue à celle que nous avons vu la Cour de Nancy admettre en matière de promesse de vente. Comme ce dernier, il constate que le tiers avait connaissance de la convention intervenue et il ajoute : « Attendu qu'en estimant dans les circonstances de fait souverainement appréciées par les juges du fond que si le pacte de préférence ne confère qu'un droit personnel, comme constituant une promesse unilatérale de vente, le tiers acquéreur doit néanmoins être tenu de restituer la chose quand il a eu connaissance de ce pacte et de l'intention du bénéficiaire dudit pacte d'en profiter... »

Il est donc inutile d'insister davantage sur le pacte de préférence, la jurisprudence lui appliquant aujourd'hui des solutions symétriques de celles qu'elle admet pour les promesses unilatérales de vente.

(1) V. cep. Riom, 30 juin 1843, D. 45.II.58 ; dans cette espèce d'ailleurs, l'acte avait été passé antérieurement à la promulgation du Code civil.

(2) Toulouse, 15 juillet 1818, et Bordeaux, 19 août 1834, D., *Rép.*, V° *Vente*, n° 310, note ; Agen, 1er février 1869, S. 69.II.141 ; Toulouse, 17 mai 1880, S. 80.II.322, D. 81.II.220.

(3) Cass., 15 avril 1902, S. 1902.I.316.

(4) Limoges, 5 juin 1899, S. 1901.II.113.

SECTION II. — **Rupture des obligations dérivant du bail.**

I. — Violation de l'obligation de délivrance. — Baux de plus de 18 ans. — Baux de moins de 18 ans.

II. — Violation de l'obligation tendant à procurer la jouissance paisible des lieux loués. — Explication de la jurisprudence qui reconnaît au preneur un droit réel ou tout au moins un droit mixte.

On pourrait retrouver en matière de bail, sous une forme à peine modifiée, certains des problèmes précédemment examinés à propos de la vente. C'est ainsi d'abord que les promesses unilatérales de bail, aussi bien que les promesses unilatérales de vente, offrent matière à responsabilité civile d'un tiers complice.

C'est ainsi encore qu'au sujet des baux de plus de dix-huit ans, soumis par la loi de 1855 à la formalité de la transcription, pourrait se poser entre preneurs successifs la même question que déjà nous avons rencontrée à l'occasion des ventes d'immeubles (1).

C'est ainsi enfin que pour les baux de moins de dix-huit ans, il serait possible, grâce à la formalité de l'enregistrement, nécessaire pour leur donner au regard des tiers date certaine, de construire une hypothèse, sans doute plus originale, mais qui rappellerait cependant d'assez près celles qui jusqu'alors ont attiré notre attention. Supposons qu'un premier bail sous seing privé n'ait pas été enregistré. Le bailleur, postérieurement, consent à un nouveau locataire un second bail ou encore aliène l'immeuble précédemment

(1) V. pour une question analogue dans l'ancien droit : Merlin, *Rép.*, V° *Mise de fait*, § 4, n° 3.

donné à bail. Il n'est pas douteux qu'en règle générale le second locataire ou l'acquéreur, se fondant sur l'article 1328, a le droit d'écarter le premier bail comme ne lui étant pas opposable. Mais cette solution devrait-elle être maintenue au cas où le second locataire, ou l'acquéreur, aurait traité de mauvaise foi, en connaissance du bail antérieur ? Un point qui paraît universellement admis, c'est que la connaissance de fait qu'aurait eue du bail le second locataire ou l'acquéreur, ainsi que le disent MM. Baudry-Lacantinerie et Barde, « n'équivaut pas à la certitude de la date (1) ». La solution d'ailleurs s'harmonise avec celle adoptée en matière de transcription immobilière et en matière de cession de créance. Seulement, ce principe posé, les auteurs n'en reconnaissent pas moins qu'il y a des cas où le second locataire, ou l'acquéreur, malgré le défaut de certitude de la date, n'en sera pas moins obligé de respecter le bail. Les uns l'obligent à le respecter toutes les fois que, d'une façon quelconque, il en aurait eu connaissance (2) ; les autres, c'est la solution la plus répandue (3) et à laquelle la jurisprudence paraît le plus favorable (4), dans le cas seulement où il se serait rendu coupable de fraude. L'explication la plus naturelle, la plus satisfaisante n'est-elle pas, ici encore, que, sous cette défense faite au second locataire ou à l'acquéreur de mauvaise foi de se prévaloir de la dis-

(1) Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, 2e éd., t. III, p. 726, n° 2374.

(2) Baudry-Lacantinerie et Barde, *ibid.* ; Laurent, *Principes de droit civil français*, t. XIX, § 289, p. 316.

(3) Aubry et Rau, *Cours*, 4e éd., t. VIII, p. 261, § 756 ; Larombière, t. IV, art. 1328, n° 39.

(4) Douai, 11 août 1837, S. 38.II.106 ; Agen, 8 août 1891, *La Loi*, 23 septembre 1891 ; Bruxelles, 8 mai 1896, *Pas.*, 96.II.353.

position de l'article 1328, se cache l'idée de responsabilité civile du tiers complice ?

Mais laissons de côté ces problèmes qui n'ont rien de spécial au bail, le dernier lui-même pouvant se poser à propos d'un acte sous seing privé quelconque et ne méritant d'être signalé à l'occasion du bail que parce qu'il trouve là son domaine d'application apparemment le plus important. La question de responsabilité civile du tiers s'est présentée encore en matière de bail sous une forme différente et beaucoup plus intéressante. Elle s'est élevée à propos d'une obligation spéciale du bailleur : l'obligation qui lui incombe de procurer à son locataire une jouissance paisible, c'est-à-dire en particulier, lorsque ce locataire est un commerçant, de ne point introduire dans l'immeuble un commerçant concurrent. Si le bailleur viole son obligation, il est évident que son locataire est en droit de lui réclamer des dommages-intérêts. Mais ce locataire lésé aurait-il un recours contre le colocataire qui est venu, au mépris du premier bail, ouvrir dans la même maison un établissement similaire ? La question, dans les villes, à Paris surtout, a une grande importance pratique, et c'est pour donner au locataire une arme contre le colocataire concurrent que la jurisprudence autrefois (1), celle de la Cour de Paris en particulier, s'était, à la suite de Troplong, laissé séduire par l'idée que le bail engendre un droit réel ou tout au moins un droit mixte. L'examen des espèces au sujet des-

(1) Cette opinion a été reprise par un jugement du tribunal de la Seine du 20 juin 1901, D. 1902.II.379. — V. pour la critique de cette décision : *Rev. trim.*, 1903, p. 171. Une tentative analogue avait déjà été faite dans un jugement du tribunal de la Seine du 23 novembre 1885, D. *Rép.*, V° *Louage*, n° 282.

quelles les tribunaux ont été amenés à consacrer cette thèse permet aisément de s'en convaincre.

C'est notamment l'impression qui se dégage d'un des premiers arrêts intervenus en la matière, un arrêt de Paris du 24 juin 1858 (1). Un locataire, du nom de Villemont, fabricant de bijoux dorés, avait stipulé dans son bail que le propriétaire ne pourrait louer d'autres parties de la même maison à des personnes exerçant un commerce similaire. Une dame Voizot, étant venue s'installer dans la maison, y établit un commerce de verroterie de Bohême et accessoirement de bijoux dorés. La Cour de Paris reconnut au sieur Villemont le droit d'agir directement contre la dame Voizot qui l'avait troublé dans sa jouissance.

L'intention de la jurisprudence, construisant la théorie du droit mixte, est donc très nette : elle a voulu protéger un locataire antérieur contre la concurrence d'un locataire postérieur. Mais pour mettre obstacle à cette concurrence elle avait suivi une mauvaise voie. Elle avait imaginé une arme difficile à manier, dangereuse, puisqu'elle frappait le locataire postérieur, quelle que fût sa bonne ou sa mauvaise foi, une arme dont le style rompait avec toutes nos traditions historiques, puisque déjà en droit romain la personnalité du droit du preneur était reconnue d'une façon certaine.

Cette arme compliquée, nous croyons que nos tribunaux ne l'auraient pas forgée, si, à cette époque déjà, l'idée de responsabilité civile du tiers complice avait été clairement aperçue. Avec cette conception, en effet, on aurait pu, nous semble-t-il, sans modifier les traditions séculaires de notre droit, venir au secours du locataire, dans toutes les hypothèses du moins où sa situation paraît vraiment digne d'in-

(1) S. 59.II.146. — Cf. Paris, 29 mars 1860, S. 60.II.122 ; 8 juillet 1861, S. 62.II.274 ; 12 mars 1863, S. 63.II.221.

térêt. Le locataire, en vertu de cette théorie, aurait un recours contre le colocataire qui lui ferait concurrence toutes les fois que le bail consenti à ce second locataire aurait été le résultat d'un concert frauduleux entre ce second locataire et son bailleur. Or c'est là, croyons-nous, le seul cas où il y aurait réellement intérêt à permettre au premier locataire d'agir directement contre le second. Le plus souvent, quand un bailleur viole sciemment ses engagements et s'expose de gaîté de cœur à encourir la responsabilité que sa mauvaise foi fait peser sur lui, c'est qu'il compte sur son insolvabilité pour le mettre à l'abri des poursuites. Le recours qu'exercerait contre lui le premier locataire serait donc absolument illusoire. Supposons au contraire qu'il n'y ait pas eu concert frauduleux entre le bailleur et le second locataire ; le second locataire fait concurrence au premier sans l'assentiment du bailleur. Ainsi dans une espèce soumise à la Cour de Paris en 1879 (1), un bailleur, s'étant interdit dans un bail antérieur de louer aucune partie de sa maison à un débitant de vins, avait loué à un marchand de charbons ; ce charbonnier, suivant un usage tout parisien, adjoignit à son commerce de charbons un débit de boissons. Le charbonnier n'ayant pas été complice du bailleur, nous aurions, ainsi que l'a fait la Cour de Paris, refusé au premier locataire toute action directe contre lui. Mais qu'importe ? Ce premier locataire avait à sa disposition, et de fait il a exercé, son action en garantie contre son bailleur ; quant au bailleur, il a intenté un recours en indemnité contre le charbonnier. Souvent même ce circuit d'actions sera inutile. Si le bailleur a été prudent, il aura eu soin d'insérer, comme cela arrive d'ordinaire, une clause dans le contrat

(1) Paris, 24 avril 1879, D., *Rép.*, *Suppl.*, V° *Louage*, n° 138-13°, note.

de bail par laquelle il défend au second locataire de faire concurrence au premier. La violation de cette obligation contractuelle engendrera une action au profit du bailleur, mais cette action, le premier locataire, créancier de garantie vis-à-vis du bailleur, pourra l'exercer par la voie oblique de l'article 1166.

La jurisprudence qui conférait au locataire un droit réel ou un droit mixte, était donc d'ordinaire inutile quand le bailleur était de bonne foi, injuste quand elle atteignait un second locataire de bonne foi. Elle n'aboutissait à un résultat satisfaisant que lorsque bailleur et locataire postérieur étaient tous deux de mauvaise foi. Mais cette jurisprudence qui, si elle avait persisté, aurait empêché notre question de se poser dans toute sa netteté, n'en était pas moins intéressante à signaler, parce que ce moyen imparfait, mal adapté à son but, répondait du moins à des aspirations fort légitimes, aspirations auxquelles, croyons-nous, satisfait beaucoup mieux la théorie de la responsabilité civile du tiers complice (1).

(1) La jurisprudence n'a d'ailleurs encore pas eu, à notre connaissance, l'occasion de faire application de cette théorie à la matière du bail. Les décisions qu'on pourrait à première vue considérer comme consacrant la non-responsabilité du tiers se réfèrent à des hypothèses où aucune complicité n'était intervenue entre le bailleur et le second locataire. — Voir, par exemple, Lyon, 26 décembre 1902, D. 1904.II. 128, et l'arrêt de la Cour de Paris, du 24 avril 1879, précité.

SECTION III. — Débauchage d'employés, d'artistes, de domestiques.

Introduction. — Les données de l'histoire, du droit comparé et des textes.
I. — Débauchage d'employés.
II. — Débauchage d'artistes.
III. — Débauchage de domestiques.

Débauchage, d'aucuns disent désembauchage, le mot semble ignoré de nos ouvrages de droit. Qu'on ouvre nos répertoires ou qu'on fasse appel aux traités de nos auteurs, nulle part on ne rencontre cette expression ; à peine si nos décisions de jurisprudence la mentionnent parfois. Et cependant, qu'on parcoure un journal ou qu'on prête l'oreille à une conversation quelconque, c'est un terme à tout instant employé.

Qu'est-ce donc que le débauchage ? Suivant la définition du *Nouveau Larousse illustré* (1), c'est « l'action de faire abandonner son travail à un ouvrier pour une cause quelconque... ou encore pour lui offrir dans un autre atelier des avantages pécuniaires ».

Au débauchage ainsi entendu on est tenté d'attribuer une origine fort ancienne. C'est en effet un sentiment bien humain que celui qui pousse un commerçant à enlever à un concurrent son employé préféré, une maîtresse de maison à prendre à son service le domestique dont une autre s'enor-

(1) Le mot *débauchage* ne figure ni dans le dictionnaire de l'Académie, ni dans le dictionnaire de Littré.

gueillit, sentiment bien humain, qui, au plaisir de se procurer un salarié parfait, joint la secrète jouissance d'en priver autrui.

Il semble donc que le débauchage aurait dû exister de tout temps. Et cependant à Rome nous ne le rencontrons pas. Non pas que les Romains aient été sur ce point plus vertueux que nous et aient eu des scrupules que nous ne connaissons plus. Cela tient simplement aux conditions économiques de l'époque. Les serviteurs libres n'existaient pas ; le commerce était exercé, soit par des artisans travaillant seuls, soit par des esclaves. Or ces esclaves, attachés à la personne du maître ou préposés au commerce, c'étaient des choses. Si une personne enlevait à un maître son esclave, elle se rendait coupable de vol comme si elle avait enlevé un animal quelconque. Dans notre ancien droit, les conditions changèrent ; la disparition de l'esclavage amena l'apparition de travailleurs libres. Mais dans l'industrie, l'organisation des corporations mettait obstacle à la concurrence et empêchait un commerçant de débaucher l'ouvrier d'un rival. Pour les domestiques, certains textes spéciaux interdisaient parfois de les débaucher. C'est ainsi qu'une ordonnance du lieutenant général de police de Paris du 16 octobre 1720 faisait « défense à toutes sortes de personnes, de quelque état, qualité et condition qu'elles soient, de retirer et recevoir des laboureurs et vignerons... à peine de demeurer garants et tenus envers les propriétaires, solidairement avec lesdits laboureurs et vignerons de leurs dommages-intérêts (1) ». Semblable prohibition était faite à ceux qui auraient été tentés de « retirer ou recevoir » les domestiques des campagnes.

(1) Guyot, *Rép.*, 1784, t. VI, V° *Domestiques*, p. 101, note.

Dans certains pays étrangers des textes formels interdisent le débauchage : ainsi en Allemagne les paragraphes 125 et 134 de la *Gewerbeordnung*, qui vont jusqu'à menacer d'une condamnation à dommages-intérêts l'employeur qui, apprenant dans les deux semaines après la passation du contrat la violation par l'ouvrier des engagements le liant à son ancien patron, ne le renvoie pas immédiatement. Même en dehors de ces cas expressément prévus par la législation industrielle, les auteurs allemands admettent sans hésitation que le débauchage doit être réprimé en vertu des principes généraux du droit (1).

En France nous avons certaines dispositions spéciales visant la question. Nous citerons d'abord l'article 417 du Code pénal qui punit d'un emprisonnement de 6 mois à 2 ans et d'une amende de 50 à 300 francs celui qui, « dans la vue de nuire à l'industrie française, aura fait passer en pays étranger des directeurs, commis et ouvriers d'un établissement ». Nous mentionnerons ensuite l'article 13 de la loi du 22 février 1851 sur le contrat d'apprentissage, disposition ainsi conçue : « Tout fabricant, chef d'atelier ou ouvrier convaincu d'avoir détourné un apprenti de chez son maître, pour l'employer en qualité d'apprenti, ou d'ouvrier, pourra être passible de tout ou partie de l'indemnité à prononcer au profit du maître abandonné. » De ces deux dispositions, la première, fort rarement appliquée, est manifestement inspirée par des considérations politiques tout à fait étrangères à notre sujet. Quant à la seconde, elle semble

(1) Kohler, *Encyclopädie der Rechtswissenschaft*, 1904, p. 708 ; Crome, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, 1902, t. II, § 261, p. 663 et 664, n. 23. — Cf. pour le droit anglais : Lehr et Dumas, *Eléments de droit civil anglais*, 2e éd., 1906, t. II, p. 251, n° 878 ; Heymann, *Encyclopédie de Kohler*, t. I, p. 833.

aujourd'hui complètement tombée en désuétude, comme d'ailleurs toutes les dispositions relatives au contrat d'apprentissage (1).

En dehors de ces textes spéciaux, que faut-il décider ? Peut-on aujourd'hui en France atteindre la personne qui débauche l'employé d'une autre ? Dans la pensée du législateur de 1851, il semble bien que l'article 13 ait été conçu, non pas comme une dérogation au droit commun, mais au contraire comme une application des principes généraux. L'un des rapporteurs de la loi, M. Callet (2), après avoir déploré cet « abus fréquent surtout dans les grandes villes » qui « consiste à enlever à un concurrent, par l'appât d'un salaire immédiat, un apprenti intelligent, déjà façonné et en état d'être utile à son maître », indique que, si, sous l'empire de la législation antérieure, le patron complice de l'apprenti échappait aux poursuites du maître quitté, ce n'était pas qu'au fond il ne pût être inquiété, c'était qu'il déclinait la compétence des conseils de prud'hommes devant qui on voulait le traduire en compagnie de l'apprenti. L'innovation de la loi de 1851 ne semble donc pas avoir été de créer un recours contre le patron débaucheur, recours qui, de droit commun, existait déjà, mais seulement de donner compétence pour en connaître aux conseils de prud'hommes. En d'autres termes, ce n'est pas, selon nous, dans l'article 13 de la loi qu'il faut chercher une innovation, c'est seulement dans l'article 18, al. 2, qui tranche la question de compétence.

Les auteurs de la loi de 1851, en supposant d'une façon

(1) V. Fouqué, *La crise de l'apprentissage*, thèse Paris, 1900 ; Salanson, *Le contrat d'apprentissage*, thèse Paris, 1909 ; Berteaux, *La crise de l'apprentissage en France*, thèse Paris, 1909.

(2) V. *Rapport* n° 17, D. 51.IV.48.

générale l'existence d'une action en responsabilité contre le patron débaucheur, ont-ils commis une erreur ? Faut-il décider que, dans les cas non prévus par la loi, le patron qui enlève l'employé d'un concurrent ne s'expose à aucune responsabilité ?

Notre jurisprudence, jusqu'à ces dernières années, semblait l'admettre. Dans les hypothèses, d'ailleurs extrêmement rares, où le patron quitté songeait à poursuivre le tiers (1), la demande de dommages-intérêts était repoussée. C'est ainsi que nous voyons un jugement du tribunal de la Seine du 16 juillet 1891, confirmé par un arrêt de la Cour de Paris du 28 mai 1892 (2), débouter de ses prétentions un sieur Bourdais qui s'était vu enlever son employé par un sieur Coudray : « Attendu, dit cette décision, que Coudray n'a jamais contracté envers Bourdais aucun engagement ; — Qu'il est constant que prenant à son service Baranger, Coudray n'a fait qu'user de son droit de rechercher un employé pouvant lui être utile dans son exploitation commerciale ; — Qu'il ne peut être rendu responsable des obligations contractées par Baranger auxquelles il est demeuré complètement étranger ». Le raisonnement, on le voit, était simple : une affirmation : le patron qui débauche l'employé d'un concurrent ne fait qu'user d'un droit ; un argument juridique : l'article 1165 s'oppose à ce qu'un tiers puisse être poursuivi à raison d'un contrat auquel il est resté étranger. Que valait cette argumentation ? Nous examinerons plus tard sa portée.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence postérieure semble

(1) Le plus souvent le tiers n'était pas poursuivi. V. par exemple : Besançon, 26 octobre 1892, S. 94.II.46.

(2) D. 93.II.399.

s'être décidée à entrer dans une voie différente. Nous pourrions d'abord citer comme une marque de cette orientation nouvelle une décision intervenue dans une espèce voisine : un commerçant, le sieur Lambert, avait payé l'employé d'un concurrent, nommé Lecomte, pour que cet employé vînt chez lui, aux heures où il était libre de son temps, procéder à une installation d'appareils. La Cour de cassation (1) approuva la condamnation prononcée contre Lambert, estimant qu'il y avait là un acte de concurrence déloyale ; c'est là un motif que nous nous refusons à admettre. Bien que, comme on le répète souvent, la concurrence déloyale soit un véritable Protée, nous pensons avec M. Darras que, pour qu'il y ait concurrence déloyale, il faut un « acte pratiqué de mauvaise foi à l'effet de produire une confusion entre les produits de deux fabricants ou de deux commerçants, ou qui, sans produire de confusion, jette le discrédit sur un établissement rival (2) ». Or ici aucune confusion n'était possible entre les deux maisons, aucun discrédit ne pouvait rejaillir sur l'établissement de Lecomte. Donc pas de concurrence déloyale et pas non plus, ajouterons-nous, de responsabilité fondée sur la notion de complicité ; dans l'espèce Lambert ne pouvait être considéré comme complice d'une violation de contrat, pour la raison fort simple que l'employé lui-même n'avait pas failli à ses engagements. Par son contrat l'employé s'oblige à servir son patron durant ses heures de travail ; à ses moments de loisir il reste libre, sous cette seule restriction de ne pas communiquer à un autre commerçant certains secrets de fabrication de son patron (art. 418, C. pén.). La jurispru-

(1) Cass., 28 novembre 1898, D. 99.I.47.

(2) Darras, *Traité théorique et pratique de la concurrence déloyale*, n° 1.

dence, comme il arrive souvent aux novateurs, avait dépassé son but. Mais par là elle avait du moins montré, comme au travers d'un verre grossissant, son désir d'atteindre le tiers qui pousse un débiteur à violer son obligation.

Elle a depuis lors, nettement, et d'une façon plus heureuse, manifesté à cet égard sa volonté. Un jugement du tribunal de la Seine du 18 février 1909 (1) condamne un sieur Binoux, qui avait débauché deux employés de son concurrent Coutot. Le jugement décide qu'en ce faisant « Binoux n'a pas observé vis-à-vis de Coutot la réserve que lui imposait sa qualité d'ancien employé, ni même les règles de la concurrence permise entre commerçants ». La première raison invoquée n'a, croyons-nous, aucune valeur. L'ancien employé ne doit pas se prévaloir de cette qualité pour s'attirer, sous le bénéfice d'une confusion, la clientèle de la maison qu'il a quittée, mais en dehors de là, cet ancien employé est, vis-à-vis de son ancien patron, dans une situation absolument identique à celle des autres commerçants. Il n'est tenu à son égard d'aucune obligation analogue à l'ancien *obsequium* que le patron romain était en droit d'exiger de son affranchi. Cette subordination serait absolument contraire à nos idées modernes d'égalité. Seule, la seconde raison invoquée par le jugement est donc à retenir : à savoir qu'un patron qui débauche l'employé d'un autre dépasse les bornes « de la concurrence permise entre commerçants. (2) »

La jurisprudence est allée encore plus loin. Dans un arrêt du 27 mai 1908 (3), la Chambre civile, confirmant un arrêt de

(1) *Gaz. Pal.*, 12 mars 1909.

(2) Un arrêt de Paris du 26 janvier 1856 avait déjà consacré cette solution (*Ann. prop. ind.*, 1856, p. 125).

(3) Cass. civ., 27 mai 1908, D. 1908.I.459, S. 1910.I.118.

la Cour de Paris du 19 mars 1903, décide qu'est passible de dommages-intérêts le tiers qui, en poussant un employé à violer le contrat passé antérieurement avec un patron, a contraint ce patron à augmenter ses appointements.

Des couturiers de Paris, Dœuillet et Cie, avaient engagé comme employée une dame Richard le 1er juillet 1901, sachant qu'à cette époque elle était liée vis-à-vis de la maison Raudnitz par un contrat qui ne devait expirer qu'au 31 décembre de la même année. La maison Dœuillet connaissait si bien le contrat antérieur qu'elle avait pris à sa charge les conséquences pécuniaires de la rupture. Pour conserver à son service la dame Richard, Raudnitz avait été contraint d'augmenter ses appointements. Il y avait donc bien eu là violation de contrat, au moins partielle, de la part de la dame Richard, puisqu'elle n'avait plus voulu accepter les conditions de salaire qui lui étaient faites par le contrat primitif. Dœuillet et Cie s'étaient rendus complices de cette violation, et c'est ce que très justement déclare la Cour de cassation en décidant « qu'en agissant ainsi et en facilitant à cette employée la violation de son engagement, par la promesse de prendre à leur charge les conséquences pécuniaires de la rupture du contrat, Dœuillet et Cie ont commis une faute dont l'appelant est bien fondé à leur demander réparation. »

La Chambre civile ne s'est pas laissé arrêter par les objections des demandeurs en cassation qui, reprenant l'argumentation de certains arrêts antérieurs, en particulier d'un jugement du tribunal de la Seine (1), déjà étudié, soutenaient que la Cour d'appel avait « considéré à tort comme une faute des faits qui n'auraient constitué de leur part que

(1) Trib. com. Seine, 16 juillet 1891, sous Paris, 28 mai 1892, D. 93.II.399.

l'exercice d'un droit puisque le contrat intervenu entre Raudnitz et la dame Richard ne leur était pas opposable ».

La Cour de cassation repousse cette argumentation par cette raison « que l'arrêt n'a pas reproché à Dœuillet et Cie de n'avoir pas exécuté ou fait exécuter une convention à laquelle ils étaient étrangers, mais d'en avoir, par des actes quasi-délictueux accomplis en connaissance de cause et dans leur intérêt, amené ou facilité la rupture ».

De façon très nette la Chambre civile rejette donc ici l'idée de faute contractuelle pour adopter celle de faute délictuelle ou quasi-délictuelle.

Le même système de responsabilité se retrouve dans les rapports entre artistes et directeurs de spectacles. Un arrêt de Paris du 24 novembre 1904 (1) en fait une application directe. Les frères Isola avaient traité avec une demoiselle Hélène Dutrieu. Or, d'après l'arrêt, les frères Isola, en contractant avec Hélène Dutrieu, ne pouvaient pas ignorer que cette actrice était déjà liée par un traité antérieur et pour une durée déterminée au Casino de Paris. Cette présomption irréfragable de connaissance résultait pour la Cour de la publicité donnée à l'engagement de la demoiselle Dutrieu « par les informations de la presse, les revues et le *Courrier des théâtres*, par les affiches, les bulletins-réclames et les programmes de spectacles ». Elle découlait aussi de ce que, « de l'aveu même des intimés, les directeurs concurrents connaissent, avant toute publicité, les engagements des artistes en vue dans les établissements voisins et similaires ».

De cette connaissance certaine, l'arrêt tire cette conclu-

(1) S. 1905.II.284, D. 1906.V.24.

sion « qu'en contractant avec Hélène Dutrieu, le 14 septembre 1903, avec des conditions aussi avantageuses pour elle, Isola frères lui ont facilité la violation de son engagement avec la direction du Casino de Paris ; qu'ainsi ils ont coopéré et participé à la faute commise par la demoiselle Dutrieu ».

A l'objection tirée de l'article 1165 du Code civil la Cour ne paraît même pas avoir songé. « La libre concurrence, affirme-t-elle, comporte pour tous le respect des conventions librement et valablement consenties. »

Un autre arrêt de la même Cour, du 28 décembre 1905 (1), n'est pas moins intéressant. Il a surtout le mérite de bien préciser les conditions auxquelles un directeur de théâtre pourra être considéré comme complice et par suite comme passible de dommages-intérêts.

Ici encore il s'agissait des frères Isola, qui, ici encore, avaient enlevé à un autre théâtre, celui des Variétés, un acteur, Max Dearly, pour le faire jouer sur leur scène de l'Olympia. L'arrêt constate que « les frères Isola ont dû soupçonner, sinon même connaître la situation, en ce sens que la question de savoir si Dearly était libre, a dû se poser à leur esprit et qu'ils n'ont pris aucune précaution pour être renseignés sur ce point ». Mais ces soupçons, quelque graves qu'ils soient, n'ont pas paru suffisants à la Cour de Paris pour justifier la condamnation des frères Isola. Leur conduite « peut être sujette à critique au point de vue des règles de la correction et des bons rapports de confraternité entre directeurs de théâtre ayant d'anciennes relations, mais les actes dont s'agit ne sont pas constitutifs d'un délit ». Et l'arrêt ajoute : « Pour qu'il en fût autrement et

(1) *Le Droit*, 25 août 1906.

que la responsabilité pécuniaire des frères Isola fût engagée dans les termes de la demande formée contre eux, il serait nécessaire qu'il fût établi à leur encontre que, par leurs agissements et les avantages qu'ils offraient à Dearly, ils l'ont provoqué ou incité à rompre son contrat avec Samuel et Cie (directeurs des Variétés). » Ce passage indique de la façon la plus nette que pour qu'un directeur puisse être inquiété, il ne suffit pas qu'il ait vaguement soupçonné le contrat antérieur de l'artiste ; il faut, dirions-nous volontiers, empruntant à la jurisprudence une formule dont elle se sert parfois en matière de cession de créances, qu'il en ait eu une connaissance spéciale et personnelle ; il faut, dirions-nous encore plutôt, suivant l'expression plus claire employée en matière de transcription immobilière, qu'il y ait eu collusion entre l'acteur qui viole son obligation et le directeur qui le débauche. Il faut, à la charge du tiers, « des agissements » qui « incitent » le débiteur à rompre son engagement. Il faut, pour tout dire en un mot, que ce tiers ait joué un rôle actif.

Les solutions auxquelles nous venons d'aboutir pour le débauchage des employés ou artistes devraient se présenter identiques pour le débauchage des domestiques (1). Malheureusement nous ne sommes pas parvenu à en découvrir d'exemples dans les recueils de décisions de justices de paix. La cause en est, croyons-nous, principalement que

(1) L'un des doyens de nos juges de paix, M. Arbinet, juge de paix des cantons Nord et Est de Dijon, que nous avons interrogé à ce sujet, a bien voulu nous dire que, dans sa longue carrière de magistrat, il croyait avoir rencontré quelques espèces, d'ailleurs très rares, de cette nature ; qu'au reste il lui semblait bien qu'en pareille hypothèse rien ne s'opposait à la condamnation du maître qui débauche un domestique.

la question est surtout susceptible de se poser devant les juges de paix de campagne dont les jugements ne figurent que fort rarement dans les recueils. Dans les villes, en effet, le louage des domestiques se fait pour un temps très court, au mois d'ordinaire (1) et, dans ces conditions, le domestique qui, sur les sollicitations d'un tiers, quitte son maître, attendra la fin du mois pour abandonner son service ; il ne violera pas son contrat. Dans les campagnes au contraire, le louage de domestique a lieu pour une durée plus longue, en général pour un an. Les cas où le domestique n'attendra pas la fin de son engagement pour quitter son service doivent donc être plus fréquents. Une autre cause qui rend les décisions en cette matière infiniment rares, c'est que le plus souvent le maître délaissé ne songera même pas à poursuivre le tiers. On peut dire qu'aujourd'hui ce recours contre le maître coupable de débauchage n'est pas entré dans nos mœurs.

Si nous en croyons l'une de nos revues populaires, *Les Lectures pour tous*, l'Amérique, sur ce point encore, nous aurait devancés. Cette revue (2) relate comme « étrange révélation sur les mœurs yankees » un procès intenté par une certaine mistress S... à son amie, mistress B..., qui avait débauché sa bonne. La chose s'était passée de façon aussi classique pour le fond que moderne pour la forme. Mistress S... avait convié ses amies, parmi lesquelles mistress B..., à une partie de bridge dans le salon de sa villa de Philadelphie. Une agréable servante apporte la théière et on félicite l'hôtesse d'avoir une telle perle à son service. Mais, les invitées parties, la bonne déclare à sa maîtresse qu'elle la quitte pour entrer au service de mistress B...

(1) Carré, *Nos petits procès*, p. 34.
(2) *Lectures pour tous*, 1909, *Les maniaques de la chicane*, p. 146.

qui lui a offert dix dollars de plus et un voyage à l'étranger chaque année. D'où fureur de mistress S... et procès en dommages-intérêts contre mistress B...

Le titre même sous lequel notre revue, destinée au grand public, rapporte cette anecdote : « Les maniaques de la chicane », peut, croyons-nous, être considéré comme une sorte de thermomètre de l'opinion française à cet égard. « Maniaque de la chicane », c'est bien là l'épithète que dans nos mœurs actuelles se verrait appliquer le maître qui demanderait des dommages-intérêts au tiers qui lui enlève son domestique... Et cependant, nous l'avons dit, il n'y aurait là, suivant nous, qu'une application pure et simple des principes généraux du droit.

SECTION IV. — Rupture du contrat de travail.

I. — Aspect économique du problème. — Les agissements des syndicats et l'intervention des tiers dans les grèves.
II. — Fondement de la responsabilité civile du tiers intervenant : 1. Système d'après lequel sa responsabilité serait absolument indépendante de celle du patron ou de l'ouvrier, partie au contrat de travail ; 2. Système d'après lequel sa responsabilité civile s'expliquerait par une idée de complicité.
III. — Influence de cette dernière conception sur les solutions de la jurisprudence.

Pour les ouvriers de l'industrie rien n'empêche de concevoir le débauchage sous la forme où jusqu'ici nous l'avons étudié pour les employés, artistes et domestiques. Ce serait le fait par un patron d'enlever à un industriel rival un ouvrier pour l'attirer dans son usine ; ce serait, pourrait-on dire, le débauchage en vue de réembauchage. Nous retrouverions naturellement les mêmes solutions. Mais à raison des conditions économiques modernes, notamment à raison du développement de la grande industrie, des progrès de l'idée syndicaliste et de la multiplication des grèves, le débauchage d'ouvriers a revêtu des aspects nouveaux. La question de débauchage ne se présente pas d'ordinaire dans les mêmes circonstances pour les ouvriers et pour les employés ou artistes. Le plus souvent, à l'époque actuelle, le débauchage d'un ouvrier n'émane pas d'un patron. Aujourd'hui, du moins en général, l'ouvrier n'a plus, comme l'artiste, une valeur propre ; il n'a presque plus, dirions-nous volontiers, une individualité propre. L'industriel ne recherche pas un ouvrier déterminé comme le directeur de théâ-

tre contracte avec un acteur déterminé ; par suite il aura moins le désir d'enlever un ouvrier à une autre usine pour le faire entrer dans la sienne.

Ce sont d'autres tiers qui incitent à la rupture du contrat de travail. Un syndicat pousse ses membres à déserter l'usine d'un patron ; un tiers, député ou journaliste, décide des ouvriers à faire grève. Ou encore, hypothèse inverse : l'homme politique, le syndicat, agissent, non plus sur l'ouvrier pour lui faire quitter son patron, mais sur le patron pour lui faire congédier un ouvrier (1). Un syndicat, ayant mis un ouvrier à l'index, exige, sous menace de grève, son renvoi. De ces interventions sont résultés dans maintes occasions des préjudices considérables. L'ouvrier, mis à la porte d'une usine sur les injonctions du syndicat, ne trouvera souvent plus de travail, les autres patrons ne voulant pas, en l'embauchant, s'exposer aux colères du syndicat ; le patron, obligé de fermer son atelier par suite de la grève, risquera d'être acculé à la faillite. Pour réparer ces ruines, les victimes n'auront parfois d'autre ressource que d'intenter une action en responsabilité contre les tiers qui, par leur intervention, ont été la cause du préjudice. Cette action sera particulièrement utile au patron qui pourra ainsi réclamer une indemnité à un syndicat riche et puissant au lieu de se trouver réduit à exercer une action absolument illusoire contre des ouvriers insolvables (2).

(1) V. sur ces questions : Brunschvigg, *La responsabilité civile des syndicats professionnels à raison des atteintes à la liberté du travail*, th. Paris, 1902 ; Durnerin, *De la responsabilité civile pouvant résulter des grèves et coalitions ouvrières*, th. Paris, 1904 ; Granier, *De la responsabilité civile des syndicats en cas de conflit entre l'intérêt professionnel et l'intérêt individuel*, th. Paris, 1908.

(2) Cette action exercée contre un syndicat ne sera pas aussi illu-

Dans certaines hypothèses ce recours contre le tiers intervenant ne souffre aucune difficulté. Tout d'abord on peut imaginer que l'intervention du tiers se soit produite de telle sorte qu'elle constitue par elle-même un délit pénal, ainsi une diffamation. Un journaliste, par exemple, s'expose aux poursuites d'un patron quand « en parlant en termes agressifs de la grève qui a éclaté dans une usine, il reproche à ce patron d'être de mauvaise foi, d'être rapace et égoïste, et si, d'une manière générale, il lui impute vis-à-vis de ses ouvriers des torts qui sont de nature à porter atteinte à sa considération » (1).

Pas de difficulté non plus au cas, malheureusement trop fréquent dans les grèves, où les ouvriers, sur l'incitation des tiers, directeurs d'un syndicat ou agitateur quelconque, se seraient rendus coupables de délits pénaux, d'actes de violence ou de sabotage. Ces actes tombant sous l'application du Code pénal, les complices, conformément aux articles 55 et 59 du Code pénal, seraient exposés à une double responsabilité, civile et pénale.

Pour apercevoir l'intérêt du problème et poser sérieusement la question de savoir si le tiers intervenant peut être poursuivi, il faut supposer qu'il n'existe aucun délit

soire que le pense M. Planiol (note au D. 94.II.305). Si, comme le dit l'éminent civiliste, les syndicats, pour échapper à la condamnation, peuvent se dissoudre du jour au lendemain, la jurisprudence actuelle semble disposée à admettre que l'ouvrier congédié pourra s'attaquer non seulement à la personne morale, mais à ses représentants qui ont commis vis-à-vis de lui l'acte illicite, chefs du syndicat ou membres du bureau par exemple (Trib. Château-Gontier, 13 novembre 1906, *Gaz. Pal.*, 31 janvier 1907 ; Paris, 7 décembre 1903, S. 1905.II.98).

(1) Lyon, 27 juillet 1894, D. 95.II.239.

pénal, ni à la charge de ce tiers, ni à la charge de la partie au contrat de travail qu'il a poussée à la rupture.

Ainsi délimitée, la question a profondément embarrassé la jurisprudence et la doctrine.

Deux conceptions différentes pouvaient *a priori* être proposées pour justifier la responsabilité du tiers intervenant.

La première consistait à dissocier absolument la responsabilité du tiers et celle des ouvriers ou du patron. Le tiers serait exposé aux poursuites, alors même que les ouvriers ou le patron n'auraient accompli que des actes parfaitement licites et n'encourraient aucune responsabilité. Le tiers serait tenu simplement en vertu de l'idée d'immixtion illicite dans les affaires d'autrui.

Le premier système a d'ailleurs été présenté sous une forme plus ou moins absolue.

Certains auteurs sont allés jusqu'à dire : le seul fait par un tiers de s'ingérer dans les affaires d'autrui constitue à sa charge une faute dont il doit réparation. Le patron aura une « action en responsabilité contre l'étranger qui s'est mêlé de ce qui ne le regardait pas » (1). Il n'y aurait, écrit M. Fabreguettes (2), plus d'industrie possible le jour où, comme on dit, « charbonnier ne serait plus maître chez lui ».

Mais cette théorie qui aboutirait à des conséquences inadmissibles est aujourd'hui justement critiquée (3). Elle implique dans les relations sociales un esprit d'égoïsme qui

(1) Consultation de M. Morillot, citée par M. Esmein dans sa note, S. 98.I.17.

(2) Fabreguettes, *Le contrat de travail*, t. II, p. 246.

(3) V. par exemple Wahl, *Responsabilité civile en matière de grèves*, *Rev. trim.*, 1908, p. 616-617.

semble inconciliable avec le mouvement solidariste moderne. Cette solution, peu satisfaisante au point de vue social, ne l'est d'ailleurs guère plus au point de vue juridique. La loi qui organise la gestion d'affaires ne semble pas disposée à punir toute immixtion dans les affaires d'autrui. En vain, la Cour de Toulouse (1) invoque l'article 1165 du Code civil ; l'argument est fallacieux. Loin de servir de fondement à la responsabilité du tiers, l'article 1165 conduirait bien plutôt à la nier. S'il est vrai que les conventions n'ont pas d'effet à l'égard des tiers, le tiers poursuivi n'est-il pas autorisé à objecter qu'il n'est pas tenu de respecter une convention à laquelle il est étranger, qu'en la violant, il ne commet aucune faute et n'encourt par conséquent aucune responsabilité ?

Sous sa forme absolue, ce système est donc insoutenable. Il a fallu l'atténuer. L'intervention du tiers, a-t-on dit, serait licite lorsqu'elle se justifierait par un intérêt légitime. Dans le cas contraire, le tiers serait exposé à une action en responsabilité comme ayant commis un abus de droit. Mais quand dira-t-on qu'il y a pour le tiers un intérêt légitime ? Exigera-t-on que cet intérêt existe en la personne même du tiers ? Avec cette interprétation, l'intérêt légitime ne pourrait guère se rencontrer que chez un syndicat professionnel agissant pour la défense des intérêts de la profession (2). Mais alors n'aboutirait-on pas à des distinctions inadmissibles ? Condamnerait-on un tiers qui, sans intérêt personnel, dans un but de pure philanthropie, vient au secours d'ou-

(1) Toulouse, 20 juillet 1896, sous Cass., 29 juin 1897, S. 98.I.17, D. 97.I.537.

(2) Sur la notion d'intérêt professionnel et sur le critérium admis à cet égard par la jurisprudence, v. Granier, *op. cit.*, p. 45-50.

vriers qui, eux, agissent pour la défense d'un intérêt légitime?

Il semble donc que forcément on soit conduit à apprécier le prétendu abus de droit, non pas en la personne du tiers, mais en la personne de la partie au contrat de travail. C'est l'idée dont s'inspire la seconde théorie invoquée pour expliquer la responsabilité du tiers : ce tiers est responsable comme complice d'une faute, commise, soit par le patron, soit par l'ouvrier.

Mais devant cette explication se dressent plusieurs objections.

Tout d'abord, peut-on prétendre, l'ouvrier ou le patron qui rompt le contrat de travail ne commet aucune faute. Le louage de travail est dans notre industrie moderne un louage à durée indéterminée. Chaque partie a donc à tout instant le droit, par le seul effet de sa volonté, de résilier le contrat. Un pareil raisonnement méconnaîtrait la modification apportée par la loi du 27 décembre 1890 à l'article 1780 du Code civil. Le nouvel article 1780 proclame bien encore que « le louage de services, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes ». Mais il ajoute : « Néanmoins la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages-intérêts. » D'après l'interprétation que la jurisprudence a donnée de ce dernier alinéa, la rupture du contrat de travail serait une cause d'indemnité quand elle se serait produite brusquement ou sans juste motif (1). Or le plus souvent la cessation de travail intervenue sous l'influence d'un tiers aura un caractère brusque. Une affaire

(1) V. sur ces questions: Dantier, *De l'indemnité due en cas de rupture du contrat de travail*, th. Paris, 1907.

soumise à la Cour de Lyon en 1894 (1) nous en fournit un exemple : le syndicat d'Oullins avait enjoint, sous menace de grève, au directeur d'une usine, de renvoyer un ouvrier du nom d'Oberlé. L'ultimatum avait été signifié au directeur le soir du 13 mars 1890 ; le 14 mars, Oberlé était expulsé. Parfois aussi la rupture du contrat de travail aura lieu sans juste motif. Ainsi la Cour de Nîmes (2) a jugé qu'avaient commis une faute des ouvriers qui avaient contraint un industriel à chasser un contremaître sous prétexte qu'il « était maladroit et sans autorité, qu'il formulait ses observations sur un ton un peu grossier », car, estime l'arrêt, « de tels griefs n'étaient pas de nature à motiver la demande brutale de renvoi que les ouvriers... imposèrent à leur patron ».

Voilà une objection de caractère général qui peut s'appliquer quelle que soit la cause de la rupture du contrat de travail. D'autres sont spéciales au cas de grève.

Suivant beaucoup d'auteurs, les ouvriers, quoique se mettant brusquement en grève, n'encourraient de ce chef aucune responsabilité. Ils n'auraient pas rompu leur contrat de travail, ils en auraient seulement suspendu l'exécution (3). Nous ne voulons pas ici entrer dans la discussion si ardente qui s'est élevée sur le point de savoir si la grève constitue une rupture ou une simple suspension du contrat (4). Nous nous bornerons à constater que, dans l'opi-

(1) Lyon, 2 mars 1894, S. 94.II.306, D. 94.II.305.

(2) Nîmes, 2 février 1898, D. 98.II.103.

(3) Cette théorie, soutenue par M. Planiol, a été surtout développée par M. Pic, *Traité élémentaire de législation industrielle*, 3e éd., n° 322 sq., et *Rev. trim.*, 1905, p. 27 : *De la rupture ou de la suspension d'exécution du contrat de travail par l'effet des grèves ou vrières et des lock-out patronaux.*

(4) V. l'état de la question résumé dans : Bayart, *La grève est-elle une*

nion inébranlable de la jurisprudence, la grève entraîne rupture (1).

Une autre objection a été faite, tirée de la nature même de la grève : la grève, a-t-on dit, ne peut donner naissance à aucune action en indemnité parce qu'elle est l'exercice d'un droit. « Le droit de grève » a été reconnu par la loi du 25 mai 1864. Nul ne peut être inquiété quand il fait usage « du droit de grève ». Cette objection contiendrait une erreur. Si l'on peut dire que la loi de 1864 a consacré le « droit de grève », c'est seulement au point de vue pénal. Désormais les auteurs de grèves ne pourront plus être poursuivis comme sous l'empire des articles 415 et 416 du Code pénal ; mais au point de vue civil leur responsabilité reste régie par les règles du droit commun. C'est dire que si la grève est assimilée à une rupture, comme toute autre rupture du contrat de travail, lorsqu'elle est brusque ou injustifiée, elle expose ses auteurs à des dommages-intérêts. Il existe en effet entre la responsabilité pénale et la respon-

rupture ou une suspension du contrat de travail ? Rev. crit., 1909, p. 534-564.

(1) On pourrait être également tenté d'affirmer que le patron qui, sous menace de grève, congédie brusquement un ouvrier, a obéi à une force irrésistible et est dispensé pour ce motif de tous dommages-intérêts. L'opinion serait inexacte. V. Cornil, *Du louage de services*, 1895, p. 345 ; Conseil des prud'hommes de Bordeaux, 8 avril 1892, *Journ. des prud'hommes*, 1892, p. 114. La jurisprudence, au moins en principe, reconnaît aujourd'hui que la grève ne constitue pas un cas de force majeure. Cf. Josserand, *Les transports*, 1910, n° 594. Mais à supposer même que la volonté du patron eût été complètement annihilée, qu'il n'eût donc pas engagé sa responsabilité, le tiers qui aurait fait renvoyer l'ouvrier pourrait néanmoins être atteint, le droit pénal admettant qu'un complice peut être poursuivi alors même que l'auteur principal, pour cause de folie par exemple, ne serait pas punissable.

sabilité civile une différence capitale. Tandis qu'en droit pénal le principe essentiel est que « tout ce qui n'est pas défendu par la loi est permis », le fondement de la responsabilité civile se trouve posé dans cette disposition de notre Code : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer » (1).

Pour nous, la responsabilité du tiers qui intervient pour faire rompre un contrat de travail se justifie donc bien par l'idée de complicité. Est-ce là le système admis par nos tribunaux ?

Les décisions qui ont statué sur l'intervention des tiers dans les grèves sont fort nombreuses. Nous ne voulons ici examiner que deux affaires particulièrement retentissantes qui ont exercé une influence profonde sur l'orientation définitive de la jurisprudence. Nous faisons allusion aux affaires Joost contre syndicat de Jallieu et Jaurès contre Rességuier.

Voici, très brièvement rappelées, les circonstances si souvent étudiées de l'affaire du syndicat de Jallieu (2). Un ouvrier, Joost, avait quitté le syndicat de Jallieu. Pour l'amener à résipiscence, le syndicat le mit à l'index et menaça d'interdit son patron s'il ne consentait pas à le congédier immédiatement. Le patron céda ; les autres directeurs d'usines, redoutant eux aussi de se voir mis en interdit, refusèrent d'embaucher l'ouvrier. Joost attaqua devant le tribu-

(1) Cf. Durnerin, *op. cit.*, p. 106.

(2) Trib. Bourgoin, 11 janvier 1890, et Grenoble, 23 octobre 1890, D. 91.II.241 ; sur cette affaire du syndicat de Jallieu, v. Hubert Valleroux, *La liberté du travail et les syndicats professionnels*, *Réforme sociale*, 1892, t. XXIV, p. 318-325.

nal civil de Bourgoin le syndicat de Jallieu. Le tribunal, par jugement du 11 janvier 1890, débouta Joost de sa demande. « Attendu, dit cette décision, qu'en renvoyant Joost, il (le patron, Brunet-Lecomte) a lui-même usé d'un droit, légalement, en pleine liberté, qu'il n'aurait lésé le droit de Joost que si celui-ci avait eu avec lui une convention spéciale obligeant son patron à l'employer... pendant un temps déterminé ; mais que, dans cette hypothèse, *Joost devrait s'en prendre à son patron, mais non aux ouvriers coalisés.* » Par ces derniers mots, le tribunal tranchait donc expressément la question de responsabilité du tiers complice et la résolvait par la négative.

La Cour de Grenoble confirma cette décision par arrêt du 23 octobre 1890. Mais elle se garda bien d'en adopter les motifs. Quoique plaçant surtout la question sur le terrain de l'abus de droit, la Cour de Grenoble, pour apprécier s'il y avait responsabilité du syndicat, commença par se demander s'il y avait eu faute de la part du patron. « Attendu, dit-elle, que le droit pour Lecomte de renvoyer tel ou tel ouvrier, avec ou sans raison, n'a jamais été contesté dans la cause, qu'il n'a été porté atteinte à aucun droit, ni conventionnel, ni légal, dans la personne de Joost, que l'acte du patron vis-à-vis de ce dernier a donc été licite. » L'arrêt, pour relaxer le syndicat des fins de la poursuite, semble donc bien s'appuyer sur ce fait qu'il n'a pas été complice d'une faute commise par le patron, et cela pour une raison fort simple, c'est que le patron lui-même n'avait commis aucune faute. Notons-le d'ailleurs : la Cour de Grenoble en posant ce principe, raisonnait de façon fort exacte. Les faits qui motivaient la poursuite s'étaient en effet déroulés avant la loi du 27 décembre 1890. Or, nous l'avons vu, sous l'empire de l'ancien article 1780 du Code civil, la rupture du contrat de travail,

contrat à durée indéterminée, ne donnait lieu à aucune indemnité. Mais par un argument *a contrario*, on peut conclure que si le patron avait commis une faute, la Cour n'eût pas hésité à condamner comme complice le syndicat de Jallieu.

Le tribunal de Bourgoin et la Cour de Grenoble avaient donc bien aperçu la question de complicité qu'ils avaient d'ailleurs, semble-t-il, tranchée de façon différente tout en aboutissant en fait au même résultat. La Cour de cassation (1) au contraire n'a pas compris ce point de vue. M. le conseiller rapporteur Durand reproche à la Cour de Grenoble de déplacer la question, « puisqu'il ne s'agit pas de savoir si le droit du patron a été bien ou mal exercé, mais s'il y a eu pression légale, constitutive d'une faute, sur la volonté du patron ». M. le procureur général Ronjat, dans ses conclusions, ne saisit pas davantage le raisonnement de la Cour de Grenoble. « L'arrêt attaqué, affirme-t-il, dit que M. Brunet-Lecomte avait le droit de renvoyer Joost, même sans autre motif que sa volonté. Ce droit n'a pas été contesté ; Joost n'a pas mis en cause M. Brunet-Lecomte, et il ne s'agit point de savoir s'il aurait pu le faire. » La Chambre civile prétend donc apprécier la responsabilité du syndicat, abstraction faite de celle du patron qui renvoie l'ouvrier.

La Cour de Chambéry (2), sur renvoi, après cassation de l'arrêt de Grenoble, suivit les errements de la chambre civile.

La seconde affaire digne d'attention est l'affaire Jaurès-Rességuier, soumise à la Cour de Toulouse le 20 juillet 1896 (3). Des journalistes et le député de la circonscription,

(1) Cass., 22 juin 1892, S. 93.I.41. D. 92.I.449.

(2) Chambéry, 14 mars 1893, S. 93.II.139, D. 93.II.191.

(3) Toulouse, 20 juillet 1896, sous Cass., 29 juin 1897, S. 98.I.17, avec une note de M. Esmein ; D. 97.I.537.

M. Jaurès, étaient intervenus pour provoquer, notamment au moyen de remises d'argent, la grève parmi les ouvriers de la verrerie de Carmaux. Le directeur de l'usine, M. Rességuier, les assigna en dommages-intérêts. La Cour de Toulouse semble, à première vue, bien peu disposée à examiner une question de complicité. Elle déclare en effet, d'une façon qui paraît absolue, que « l'ingérence des tiers dans la grève n'est pas légitimée par le droit ». Elle en donne cette raison que nous avons déjà rencontrée « que nul n'a le droit de s'immiscer dans les affaires d'autrui ». Mais la Cour de Toulouse est en réalité beaucoup moins éloignée qu'on pourrait le croire de la notion de complicité. Nous lisons en effet dans l'arrêt qu'il y a lieu de distinguer entre les « débauchages... qui ont été faits par persuasion ou convention, et ceux qui ont été amenés à l'aide de remises de sommes d'argent (1) ». Pourquoi cette distinction? M. Wahl ne la comprend pas (2). « La question de savoir si ceux qui entreprennent d'amener la cessation du travail se servent uniquement de la parole ou exécutent des mouvements physiques est indifférente. » Pour nous, au contraire, la distinction établie par la Cour de Toulouse semble fort simple et fort logique. La Cour de Toulouse fait ici une pure application des principes de la complicité, tels qu'ils sont établis par le droit pénal. Notre loi pénale ne considère pas le simple conseil comme constitutif de complicité, mais elle punit « comme complices d'une action qualifiée crime ou délit ceux qui, par dons, promesses, menaces... auront

(1) La Cour de cassation, le 29 juin 1897, S. 98.1.17, rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de Toulouse, relève également cette circonstance que « la propagande de débauchage entreprise » a eu lieu « au moyen de remises de sommes d'argent ».

(2) Wahl, *Rev. trim.*, 1908, p. 624.

provoqué à cette action » (art. 60, C. pén.). La Cour de Toulouse, volontairement ou involontairement, nous paraît avoir étendu cette distinction du droit pénal au droit civil. Si on n'admet pas cette explication, on est, croyons-nous, réduit à avouer avec M. Wahl que cette distinction n'a aucun fondement.

Il nous semble donc qu'on peut dire en résumé que si jamais la jurisprudence n'a expressément basé la responsabilité du tiers qui intervient dans une grève sur le terrain de la complicité, elle n'est du moins aucunement hostile à cette notion, et on peut même ajouter que certaines de ses décisions ne peuvent s'expliquer pleinement que comme une application plus ou moins consciente de cette idée.

CHAPITRE III

VIOLATION D'UNE OBLIGATION DE NE PAS FAIRE.

L'idée de responsabilité civile du tiers complice se rencontre-t-elle en matière d'obligation de ne pas faire ? — Objections. — Réfutation.

L'idée qui vient tout naturellement à l'esprit quand on aborde le domaine de l'obligation de ne pas faire, c'est que le problème de la responsabilité du tiers complice doit y revêtir une importance beaucoup moins grande que dans les hypothèses précédentes d'obligation de donner ou d'obligation de faire. L'article 1143 du Code civil dispose en effet qu'en matière d'obligation de ne pas faire, « le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit ». Dès lors, est-on tenté de dire, le créancier n'aura pour obtenir satisfaction qu'à réclamer cette destruction, point ne sera besoin pour cela d'inquiéter un tiers quelconque. Supposons par exemple que le locataire d'un terrain ait pris vis-à-vis du propriétaire d'une maison voisine (un locataire ne peut pas constituer une servitude) l'engagement de ne pas élever un mur. Si, malgré le contrat ainsi passé, le locataire bâtit, le propriétaire voisin, créancier d'une obligation de ne pas faire, n'aura qu'à demander la démolition de la clôture. Ayant ainsi reçu complète satisfaction, il n'aura même pas la tentation d'exercer un recours contre le tiers qui aurait incité le locataire à violer son obligation.

Ce raisonnement constituerait une erreur.

Souvent, en effet, et de plus en plus à l'époque actuelle, l'obligation de ne pas faire porte non pas sur un fait matériel, mais sur un acte juridique. En pareil cas, pas de destruction matérielle possible. La seule destruction concevable, c'est l'annulation de l'acte passé en violation de la promesse. Mais cette annulation, ne faudrait-il pas la considérer, suivant une tendance de plus en plus répandue (1), comme une forme de réparation, une réparation qui pèse en première ligne sur le tiers. Cette annulation dès lors n'est-elle pas subordonnée à la condition qu'il existe à la charge du tiers une responsabilité civile (2) l'obligeant à réparation ?

Allons plus loin. Admettons que l'acte qu'il faut réduire à néant soit bien un acte matériel. La seule destruction ne suffira pas toujours à indemniser complètement le créancier du préjudice qu'il a subi. Ainsi, pour reprendre l'exemple que nous avons choisi, la démolition du mur ne donnera pas entièrement satisfaction au créancier. Tandis que, malgré la prohibition, le mur se dressait en face de sa maison, obstruant la vue de ses locataires, le propriétaire du terrain voisin a subi un préjudice ; pour réparer ce préjudice, il a le droit d'exiger des dommages-intérêts. C'est un droit que d'ailleurs lui réserve expressément l'article 1143. D'autre part si le débiteur ne détruit pas volontairement « ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement », le même article 1143 permet au créancier de « se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur ». Le créancier sera donc

(1) Cf. Bourcart, note au S. 1906.II.241.

(2) V. comme exemple de cette idée : Trib. com. Seine, 9 décembre 1907, confirmé par Paris, 31 octobre 1908, *Journal des tribunaux de commerce*, 1909, p. 406. De cette décision on pourrait également tirer cette conséquence que, même pour la destruction matérielle, il n'est pas indifférent que le tiers soit de bonne ou de mauvaise foi.

amené à faire l'avance de ces frais. Pour rentrer dans ses déboursés, pour obtenir les dommages-intérêts auxquels il a droit, on comprend aisément que le créancier, même au cas où une destruction matérielle est possible, ait intérêt à pouvoir atteindre le tiers qui a aidé son débiteur à violer son obligation.

Dans certains cas d'ailleurs, cette destruction, destruction d'un acte matériel ou destruction, c'est-à-dire nullité, d'un acte juridique, serait impossible ou illusoire. Impossible : ainsi un commerçant qui s'est interdit de faire concurrence contrevient à sa promesse. Il ne peut évidemment être question de l'incarcérer, pas plus que d'annuler les ventes qu'il a contractées au mépris de son engagement. Illusoire : des billets de faveur, malgré la défense qui en est faite, ont été aliénés. Une fois que la représentation à laquelle ils donnaient droit est passée, que leur acquéreur y a assisté, à quoi servirait au directeur de théâtre que la vente fût déclarée nulle ?

Voilà toute une série de raisons pour lesquelles le problème de la responsabilité civile du tiers complice, qui, de prime abord, semblait étranger au domaine de l'obligation de ne pas faire, s'y est posé au contraire en ces dernières années avec une netteté toute particulière.

SECTION I. — Violation d'une clause de non-concurrence.

I. — Importance économique des clauses de non-concurrence. — Leur développement à l'époque contemporaine. — Dans quelle mesure la jurisprudence en admet la validité. — Comment se pose la question de responsabilité civile du tiers complice.

II. — Solutions de la jurisprudence française. — Son évolution. — Rapprochement avec la jurisprudence étrangère.

III. — Tentative d'explication de la doctrine. — Appréciation critique.

Il est une chose qui, dès l'abord, surprend lorsqu'on étudie les clauses de non-concurrence : c'est la rareté de la littérature française sur la question (1). Nos auteurs, à la différence des auteurs étrangers, à la différence en particulier des auteurs italiens (2) et des auteurs allemands (3), n'examinent que fort rarement la matière. Et cependant sur ce sujet les décisions de jurisprudence abondent.

Qu'est-ce donc que la clause de non-concurrence ? C'est, dirons-nous, l'engagement que prend une personne de ne pas fonder une maison rivale ou de ne pas entrer dans une

(1) Cf. les réflexions de M. Thaller, *Annales de droit commercial*, 1906, p. 338. — V. cep. Nichet, *Des restrictions conventionnelles à la liberté du commerce et de l'industrie*, th. Montpellier, 1900, p. 58 sq. ; Bottelin, *Des restrictions au principe de la liberté du commerce et de l'industrie en matière de cessions de fonds de commerce*, th. Nancy, 1906, p. 47 sq.

(2) V. Riccardo Fubini, *Studi critici di giurisprudenza civile*, Milan, 1906, p. 83 sq. : *Sulla validità delle clausole di divieto di concorrenza*, et la bibliographie indiquée par cet auteur.

(3) V. pour l'Allemagne les auteurs cités par Guggisberg, *Die Konkurrenzklausel*, Inaugural-Dissertation, Berne, 1907, p. V et VI.

maison rivale. Cette définition, par les idées diverses qu'elle renferme, laisse entrevoir que la clause de non-concurrence ne se présente pas toujours sous le même aspect.

Cette clause peut, en effet, se trouver insérée dans différentes sortes de contrats. On peut la rencontrer dans un contrat de vente : Un commerçant, en cédant son fonds, s'engage à ne pas faire concurrence à son successeur en créant dans le voisinage un établissement rival. Remarquons d'ailleurs que parfois la clause sera insérée non plus dans l'intérêt de l'acquéreur, mais dans l'intérêt du vendeur. Cette hypothèse, naturellement beaucoup plus rare que la précédente, se présente en particulier quand un commerçant dédouble son exploitation en deux branches, conserve l'une et aliène l'autre. Ainsi, une compagnie d'assurances de Paris cède son portefeuille de province. On stipulera dans le contrat que la compagnie cessionnaire devra limiter son champ d'action à la province. Ou bien la clause de non-concurrence se trouvera dans un contrat de louage de choses (1) : en louant le fonds qu'il exploitait antérieurement, un commerçant s'interdit d'établir une maison rivale dans un certain rayon. Souvent c'est dans un contrat de louage de services que sera contenue cette interdiction : un négociant, en prenant un employé à son service, fait stipuler dans le contrat que, si cet employé vient à le quitter, il ne pourra ni fonder une maison concurrente, ni entrer chez un patron rival. Parfois enfin, mais ceci est plus rare, la clause se rencontrera dans un contrat de société : un associé prend l'engagement, pour le cas où il se séparerait de la société, de ne pas lui faire concurrence. La clause de non-

(1) V. sur ces clauses contenues dans un bail, Dufour, *De la concurrence commerciale et de la garantie du trouble de fait*, th. Paris, 1906, p. 132 sq.

concurrence n'a même pas nécessairement le caractère de pacte accessoire, elle peut former l'objet principal du contrat. Ainsi deux sociétés rivales, lasses de se faire une concurrence ruineuse, s'entendent pour confiner leurs opérations, chacune dans un département déterminé.

Voilà une série d'hypothèses qui montrent sous des aspects d'ailleurs fort variés le rôle capital des clauses de non-concurrence (1). De jour en jour il s'accroît, sous l'influence surtout de deux causes. La première, la plus importante, doit être cherchée dans le développement considérable pris de nos jours par les idées de libre concurrence. On comprend en effet aisément que notre moyen-âge par exemple n'ait pas eu besoin d'user des clauses de non-concurrence (2). Le nombre des maîtres étant fixé pour chaque métier, le maître qui cédait sa boutique ne pouvait pas songer à fonder en face une nouvelle échoppe. Les compagnons et les apprentis ne pouvaient pas se placer à leur gré ; les règlements des corporations les auraient frappés de peines s'ils avaient voulu, en changeant de maître, déplacer avec eux la clientèle. Mais depuis lors, la concurrence est devenue, comme le dit M. Leroy-Beaulieu, « la règle de l'humanité civilisée » (3). Il est même permis de croire que les idées de libre concurrence ont atteint leur apogée, et aujourd'hui on constate une réaction contre cette concurrence à outrance (4). C'est précisément de cette réaction contre une

(1) Sur les différents aspects que peuvent revêtir ces clauses de non-concurrence : Rava, *La clausole di concorrenza*, *Rivista di diritto commerciale*, 1903.I.171.

(2) Sur l'évolution qui a conduit du système ancien de réglementation étroite au système moderne de libre concurrence : Paul Leroy-Beaulieu, *Traité d'économie politique*, t. I, p. 629 sq.

(3) Leroy-Beaulieu, *op. cit.*, p. 637.

(4) Cette réaction se manifeste en particulier par l'organisation des trusts et des cartells.

concurrence exagérée qu'est née la faveur dont jouissent actuellement les clauses de non-concurrence.

Une autre raison, raison également économique, a contribué à développer ces clauses surtout dans les contrats de louage de services. Cette raison, c'est l'éloignement de plus en plus grand du producteur au consommateur, et par suite la multiplication des intermédiaires. Dans notre société actuelle, surtout dans les campagnes, l'acheteur ne connaît pas le commerçant à qui il achète, il ne connaît que ses représentants, ses voyageurs de commerce. Si l'un de ces représentants entre au service d'une maison rivale et continue à faire la tournée qu'il faisait auparavant, la clientèle, en lui continuant ses commandes, ignorera même qu'elle achète dorénavant auprès d'un autre négociant Il y a là une concurrence tout particulièrement à craindre, et contre cette concurrence le commerçant ne peut se prémunir qu'en faisant prendre à son employé l'engagement de ne pas continuer à parcourir la même région s'il vient à quitter son service.

Les clauses de non-concurrence répondent donc à un véritable besoin. Mais on ne peut se dissimuler qu'elles constituent une entrave à un principe aujourd'hui fondamental, celui de la liberté du commerce. Aussi la jurisprudence a-t-elle d'abord éprouvé quelques hésitations pour en reconnaître la validité. Après bien des tâtonnements elle est arrivée à les admettre toutes les fois qu'elles ne constituent pas une entrave absolue à la liberté d'une personne ; pour être valable, l'interdiction doit être limitée soit quant au temps, soit quant à l'espace. Ce n'est qu'à cette condition qu'elle fait naître au profit du stipulant un recours contre le débiteur qui s'y soustrait.

Mais si, dans cette mesure restreinte, la possibilité d'agir

contre le débiteur est certaine, faut-il aller plus loin et décider que l'action en dommages-intérêts sera également donnée contre le tiers qui aura aidé ce débiteur à violer son obligation ? La question présente un grand intérêt. En effet, s'il arrive parfois que le débiteur puisse tout seul contrevenir à son engagement, au cas par exemple où un ancien employé s'établit à son compte à côté du magasin de son ancien patron, le plus souvent, cette violation de contrat ne sera possible qu'avec le concours d'un tiers. L'employé qui a contracté l'engagement de ne pas entrer au service d'une maison rivale ne pourra manquer à sa promesse que s'il trouve un patron qui l'embauche. Même pour fonder un établissement nouveau, on fera fréquemment appel à l'aide d'un tiers. Au lieu de s'établir sous leur nom, ce qui révélerait immédiatement la fraude, le vendeur d'un fonds, l'ancien employé, créeront leur maison sous le nom d'un tiers : ils feront usage d'un prête-nom.

Lorsque le prête-nom a su le rôle qu'on lui faisait jouer, lorsque, dans l'hypothèse précédente, le patron, en embauchant son employé, a connu la clause prohibitive, seront-ils passibles de dommages-intérêts ?

Depuis très longtemps la question s'est posée devant les tribunaux. Un arrêt de la Cour de Paris a déjà été amené à la résoudre en 1856 (1). Il s'agissait du commis d'une maison de commerce, nommé Borstel, qui s'était engagé, dans le cas où il quitterait son emploi, à ne pas faire concurrence à son patron, John Arthur. Un sieur Dethridge, connaissant cette interdiction qui frappait Borstel, s'associa néanmoins avec lui pour monter une maison concur-

(1) Paris, 3 juin 1856, *Journ. trib. com.*, 1856, p. 478.

rente de celle de John Arthur. La Cour de Paris décida que Dethridge avait « encouru, en tant qu'associé, la même interdiction » que Borstel. La théorie de la responsabilité civile du tiers trouvait ici une occasion véritablement excellente de se glisser dans la jurisprudence sans aucunement attirer l'attention. Le complice avait en effet formé avec le débiteur qui manquait à sa parole une société en nom collectif. Or, dans une société en nom collectif, les dettes sont communes aux associés. L'un de ces associés ayant contracté une sorte de dette relative à son commerce, il semblait tout naturel de faire peser également cette dette d'un genre spécial sur la tête de son co-associé ; le préjudice étant causé par la société, personne morale, ses membres étaient tenus solidairement. Il est d'ailleurs assez difficile de savoir quelle nature les juges reconnaissaient à la responsabilité qu'ils faisaient peser sur le tiers ; il semble toutefois qu'ils y aient vu plutôt une responsabilité délictuelle. Telle est du moins la conclusion que l'on pourrait tirer de cette constatation faite par la Cour que la société était « viciée dans son principe par l'usage abusif de son droit que pratiquait Borstel ». C'est donc bien, semble-t-il, une faute délictuelle, résultant d'un abus de droit, qui est relevée à la charge du débiteur ; à plus forte raison c'est une faute délictuelle qui doit être retenue à l'encontre du tiers.

En 1859 (1) la jurisprudence fit un pas de plus. Elle atteignit le tiers qui a formé avec un débiteur, entravé par une clause de non-concurrence, une société fictive. Le tiers était encore bien condamné comme associé, mais aussi comme prête-nom. Le flot montant allait engloutir dans la même idée de responsabilité le prête-nom pur et simple : en 1861,

(1) Paris, 19 février 1859, *Ann. prop. ind.*, 1859, p. 125.

la Cour de Paris (1) condamnait à des dommages-intérêts une fille Rouffaneau sous le nom de qui un sieur Soulier avait « nonobstant la prohibition à lui faite et par lui acceptée... ouvert un établissement de brocanteur presqu'en face de l'établissement du même genre par lui vendu ». Dans un arrêt du 7 juillet 1866, la Cour de Paris (2) confirma sur ce point sa jurisprudence.

Au lendemain de ces différentes décisions, on pouvait dire que les tribunaux parvenaient à atteindre le tiers qui formait avec le débiteur d'une obligation de non-concurrence une société plus ou moins fictive, une société où le rôle de ce débiteur était plus ou moins effacé, soit que son nom figurât ouvertement dans la raison sociale, soit qu'il fût dissimulé sous le couvert d'un prête-nom. Mais on ne pouvait encore proclamer que, d'une façon générale, le tiers qui aide un débiteur à enfreindre une interdiction de faire concurrence est passible de dommages-intérêts. Toute une partie, et une partie très importante du domaine des clauses de non-concurrence n'avait pas encore été fouillée. Lorsqu'un commerçant embauche un employé qui s'était interdit d'entrer au service d'une maison rivale, ce commerçant peut-il être poursuivi ? La solution de la question était ici beaucoup plus délicate. Il n'y avait plus à faire appel à une idée de société, d'obligation solidaire des associés. La question de responsabilité du tiers complice s'y posait toute nue.

La jurisprudence ne franchit pas d'un bond l'espace qui la séparait de cette hypothèse. En 1891, devant le tribunal de commerce de la Seine, en 1892, devant la Cour de Paris (3), se présenta une véritable espèce de transition.

(1) Paris, 21 février 1861, *Journ. trib. com.*, 1861, p. 324.

(2) Paris, 7 juillet 1866, *Journ. trib. com.*, t. XVI, p. 253.

(3) Trib. com. Seine, 16 mai 1891, confirmé par Paris, 21 décembre 1892, *Journ. trib. com.*, 1893, p. 486.

Un ancien commerçant, Fourcade père, s'était interdit, en vendant son fonds, de faire concurrence à son successeur. Malgré cette interdiction, il entra comme représentant de commerce au service d'une maison rivale, la maison Fourcade fils et Raux, dont l'un des membres était son fils. Les juges relèvent que Fourcade fils et Raux « connaissaient les interdictions que Fourcade s'était imposées » et que, malgré cela, la maison Fourcade fils et Raux « s'est associée à ses agissements, les a encouragés et en a profité ». L'idée de complicité apparaît ici plus nette, plus consciente que dans les décisions précédentes. La jurisprudence, tout d'abord hésitante, qui, au début, semblait vouloir faire intervenir la notion d'abus de droit, semble enfin avoir trouvé sa voie. L'arrêt, nous venons de le dire, prend grand soin d'indiquer que la maison Fourcade fils et Raux s'est « associée aux agissements » de Fourcade père, qu'elle est même intervenue d'une façon active, qu'elle « les a encouragés », que cette association, cette complicité, s'est révélée de la façon la plus palpable : la maison Fourcade fils et Raux « a profité » des agissements de Fourcade père. En conséquence la Cour condamnait Fourcade fils et Raux, solidairement avec Fourcade père, à réparer le préjudice causé par celui-ci à son successeur Fabre et Cie. Mais quelle base l'arrêt reconnaissait-il à la responsabilité de Fourcade fils et Raux ? Certainement pas une base contractuelle. Mais la Cour ne sut pas s'il fallait relever à leur charge une responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle. L'arrêt renferme sur ce point une contradiction absolument flagrante. Après avoir déclaré que « le fait de la participation incontestablement active et consciente de Fourcade fils et Raux aux agissements répréhensibles de Fourcade père constitue à la charge de ceux-ci un *véritable délit* », l'arrêt poursuit :

« Que ce *quasi-délit* crée fatalement un lien de droit entre eux qui l'ont commis et Fabre et Cie qui en sont victimes. »

Nous avons dit que cette espèce constituait une véritable espèce de transition. Et en effet, si, en droit, Fourcade père était bien devenu l'employé de la maison Fourcade fils et Raux, en fait, il ne faut pas oublier que Fourcade père était le père de Fourcade fils, et dès lors on pouvait se demander si, derrière cette qualification d'employé, Fourcade père n'avait pas été en réalité un véritable associé de la maison Fourcade fils et Raux.

Plus récemment, dans une autre affaire, devant la Cour de cassation, la question s'est posée dégagée de toute considération étrangère, et, à la date du 8 novembre 1904 (1), la Chambre des requêtes a rendu sur la matière un véritable arrêt de principe. Un associé, Rouffet, après s'être interdit, en sortant de la société dont il faisait partie, de faire concurrence à cette société, s'était placé dans une maison rivale, exploitée par un sieur Bigot. Celui-ci, relève la Cour de cassation, avait pris Rouffet à son service « en parfaite connaissance de cause ». Cette parfaite connaissance doit être rapprochée d'expressions voisines dont nous avons vu volontiers user la Cour de cassation, telle la « connaissance spéciale et personnelle » qu'elle exigeait en matière de cession de créance. L'idée de complicité apparaît de la façon la plus nette : Bigot a « aidé Rouffet à violer les obligations » dérivant de son contrat de société. La Cour de cassation écarte, comme nous le lui avons déjà vu faire sur d'autres terrains, toute objection tirée de l'article 1165 du Code civil. « L'objection, dit la Cour, manque en fait, la faute repro-

(1) Cass., 8 novembre 1904, D. 1906.I.489, P. 1905.I.17, S. 1910. 1.119.

chée à Bigot n'étant point contractuelle, mais constituant un quasi-délit. » On ne saurait de façon plus nette indiquer que, si le tiers peut être poursuivi, c'est, comme le dit d'ailleurs expressément par la suite l'arrêt, par application de l'article 1382 du Code civil.

La Cour de cassation relevait à sa charge un quasi-délit. Peut-être, en le faisant, s'était-elle, ainsi que le pense M. Lacour (1), « montrée trop timide ». Peut-être « la qualification de délit civil » aurait-elle été « plus exacte ». Il y a là surtout, nous semble-t-il, une question de mots ; que l'arrêt appelât délictuelle ou quasi-délictuelle la responsabilité du tiers, il n'en avait pas moins dégagé les principes de façon fort nette.

Dans la voie ainsi ouverte, les décisions des tribunaux et des Cours se sont depuis lors multipliées. La Cour de Paris, en 1906 (2), semble même être allée plus loin que la Cour de cassation. Tandis que la Cour suprême exigeait, pour déclarer le tiers responsable, qu'il ait eu «une connaissance parfaite » de la clause interdisant au débiteur de faire concurrence, la Cour de Paris relève seulement « qu'il résulte des faits et documents de la cause que Danton était suffisamment au courant de la situation pour n'avoir pu de bonne foi croire que la vente faite à Mangin et Richen laissait à Berneaux le droit de lui apporter sa collaboration ». La Cour de Paris en même temps aggrave sa propre jurisprudence. Comme le remarque M. Demogue (3), tandis que, dans un arrêt du 28 décembre 1905 (4), elle exigeait pour déclarer le

(1) Lacour, note au D. 1906.I.489.

(2) Paris, 1er mars 1906, P. 1906.II.286.

(3) *Rev. trim.*, 1906, p. 896.

(4) Paris, 28 décembre 1905, *Le Droit*, 25 août 1906, analysé *suprà* à propos du débauchage.

tiers responsable qu'il eût « incité ou provoqué » le débiteur à « rompre son contrat », dans son arrêt du 1er mars 1906, elle le condamne simplement parce qu'il a su qu'il favorisait cette rupture.

D'autres décisions plus récentes ont également admis la responsabilité du tiers qui se rend complice de la violation d'une clause de non-concurrence : un jugement du tribunal de commerce de Saint-Etienne du 11 décembre 1906 (1) condamne à des dommages-intérêts la maison de commerce qui prend à son service un ancien négociant qui, en vendant son fonds, s'était interdit de se rétablir ; un jugement du tribunal de commerce de la Seine du 16 septembre 1908 (2) condamne un fils pour avoir servi de prête-nom à son père et lui avoir ainsi permis de se rétablir au mépris de ses engagements, « attendu que le défendeur a agi en pleine connaissance de cause et que c'est volontairement qu'il a prêté son concours à son père pour l'aider dans ses agissements répréhensibles ».

Un arrêt de la Cour de Paris du 31 octobre 1908 proclame à son tour que la faute relevée à la charge du tiers est une faute quasi-délictuelle, non pas une faute contractuelle. Cet arrêt est surtout intéressant en ce qu'il précise l'époque à laquelle doit exister la mauvaise foi chez le tiers pour que celui-ci puisse être condamné à des dommages-intérêts. Un ancien associé d'une maison Gény-Dutar, le sieur Gény, avait pris l'engagement de ne pas faire concurrence à la société qu'il quittait. Malgré cet engagement, il avait formé une nouvelle société avec un commerçant rival, le sieur Mignot. On ne put apporter aux débats la preuve que Mignot

(1) *Recueil des sommaires*, 1907, n° 1147.

(2) Trib. com. Seine, 16 septembre 1908, *Journ. trib. com.*, 1910, p. 92.

avait connu la clause d'interdiction opposable à Gény, au moment de la formation de la société, le 4 décembre 1905. Mais il fut établi que, par la suite, Dutar avait adressé à Mignot, en date du 2 mars 1907, une sommation d'huissier pour porter à sa connaissance l'engagement de non-concurrence pris par Gény. Malgré cette sommation, Mignot était resté l'associé de Gény. La Cour de Paris déclare que dans ces conditions il ne saurait être inquiété, et elle le relaxe des fins de la poursuite, car, « si la sommation a bien révélé la clause d'interdiction opposable à Gény, il n'est pas démontré qu'il (Mignot) ait connu cette clause au moment de la formation de la société (1). » C'est donc seulement à l'époque où le tiers contracte avec un débiteur lié par une clause de non-concurrence qu'il faut examiner si ce tiers a été de bonne ou de mauvaise foi.

La jurisprudence, on le voit, élabore et précise peu à peu la théorie de la responsabilité civile du tiers qui aide un débiteur à violer une clause de non-concurrence (2). Ce n'est

(1) *Gaz. Trib.*, 11 novembre 1908, *Journ. trib. com.*, 1909, p. 406.

(2) On pourrait toutefois être tenté d'indiquer comme donnant une solution contraire, comme consacrant la non-responsabilité du tiers, un jugement du tribunal de Pontoise du 8 juin 1909, *Gaz. Pal.*, 1909.II.214. Un marchand de vins, Aubin, ayant vendu son fonds de commerce et s'étant interdit de créer ou de faire valoir directement ou indirectement un fonds de même nature dans toute l'étendue du canton, s'était rétabli à quelques mètres de son ancienne boutique. De ce chef, il avait encouru une première condamnation. Il avait quitté les lieux, mais les avait loués à une société anonyme, *les Grands Economats parisiens*, qui devait y tenir en plus grand le même commerce. Nouvelles poursuites à la fois contre Aubin et contre la société. Le tribunal de Pontoise déboute le demandeur. Mais la raison en est qu'Aubin lui-même, aux yeux du tribunal, n'avait pas commis de faute, « l'interdiction contractuelle, comme la renonciation à un droit, n'étant pas susceptible d'une interprétation extensive », et Aubin s'étant seulement interdit de se rétablir, non pas de louer à un

d'ailleurs pas seulement en France que ce principe de responsabilité du tiers est consacré. Un arrêt de la Cour de Bruxelles (1) frappe le prête-nom sous le couvert de qui se rétablit un ancien commerçant qui s'était interdit de le faire ; un arrêt de la Cour suprême de Luxembourg (2) donne dans ses motifs une solution analogue, tout en reconnaissant d'ailleurs qu'en fait ne résulte pas des circonstances de la cause la preuve que le tiers a joué le rôle de prête-nom. A l'appui de son opinion, la Cour de Luxembourg, comme nos tribunaux français, invoque le principe de l'article 1382.

Cette jurisprudence est d'ailleurs en général favorablement accueillie par les rares auteurs qui l'ont aperçue. M. Demogue la salue comme « une solution très intéressante » (3). M. Lacour déclare que cette jurisprudence « est à la fois la plus juridique, la plus équitable et la plus favorable à la sécurité des relations commerciales » (4). L'annotateur anonyme de l'arrêt de Luxembourg trouve également la solution « très juridique ».

Consacré par une jurisprudence aujourd'hui bien assise, approuvé par la doctrine, ce principe de responsabilité du tiers qui favorise la violation d'une clause de non-concurrence est-il bien une application de la théorie générale de

commerçant similaire. La Cour de Toulouse, dans un arrêt du 16 janvier 1895, S. 97.II.210, avait d'ailleurs plus justement, croyons-nous, résolu cette dernière question en sens inverse.

(1) Bruxelles, 1er juin 1905, *Gaz. Trib.*, 4 octobre 1906.

(2) Cour supr. de justice de Luxembourg, 11 mars 1904, *Pas.*, 1908.IV.93.

(3) *Rev. trim.*, 1905, p. 330.

(4) Note au D. 1906.I.489.

la responsabilité civile du tiers complice que nous nous proposons d'établir ?

Certains auteurs français, en particulier M. Pouillet, ont voulu voir dans ces décisions de la jurisprudence des cas de concurrence déloyale. « Le complice d'une concurrence déloyale peut être poursuivi en même temps et au même titre que l'auteur même de cette concurrence. » « C'est là, déclare M. Pouillet,un principe qui ne souffre aucune contradiction et qu'il suffit d'énoncer (1). » Et, pour illustrer cette affirmation, l'auteur indique certaines des espèces que nous avons analysées, pêle-mêle avec d'autres cas de complicité de concurrence déloyale, celui de l'imprimeur qui a sciemment imprimé des étiquettes destinées à faire naître dans l'esprit du public une confusion entre les produits d'une maison et ceux d'une maison rivale, ou celui du fabricant de boîtes de sardines qui a confectionné ses boîtes avec des fers-blancs sur lesquels était gravé le nom d'une localité où il savait que le négociant pour qui il fabriquait ces boîtes n'avait aucun établissement. A cette assimilation, nous pourrions d'abord faire une objection véritablement très forte : c'est que,nulle part dans les arrêts, nous n'avons trouvé trace de cette idée de concurrence déloyale. Mais admettons pour un instant que les hypothèses examinées puissent rentrer dans le cadre de la concurrence déloyale. Il ne faudrait pas s'exagérer la portée de cette observation. Il n'y a là,somme toute,que des mots ; nous n'avons pas,dans notre législation française, de texte spécial visant la concurrence déloyale. Si l'on réprime certains faits qu'on groupe sous l'appellation commode de concurrence déloyale, ce

(1) Pouillet, *Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale,* 5e éd., 1906, p. 808, no 689.

n'est là, d'après la théorie couramment admise en France, qu'une application particulière du principe de l'article 1382. Affirmer que le débiteur qui contrevient à une clause de non-concurrence se rend coupable de concurrence déloyale et par suite tombe sous le coup de l'article 1382, c'est reconnaître que le débiteur qui contrevient à une obligation contractuelle commet parfois un délit ou un quasi-délit ; affirmer que le tiers qui aide sciemment ce débiteur à violer son engagement est responsable comme complice d'une concurrence déloyale, c'est reconnaître, ce que précisément nous voulons démontrer, qu'un tiers peut être déclaré complice de la violation d'une obligation contractée par un débiteur. Toutes les fois qu'on pourrait ériger en délit civil la violation par un débiteur de son obligation, on serait fondé à déclarer le tiers complice responsable.

Sous le couvert de la concurrence déloyale, les auteurs français aboutiraient donc aux solutions que nous nous efforçons d'établir. Nous objectera-t-on, suivant une théorie volontiers admise à l'étranger (1), que la concurrence déloyale engendre une véritable action réelle, une sorte de revendication, garantissant la propriété commerciale ? Cette conception de la concurrence déloyale nous paraîtrait, nous l'avouons, plus satisfaisante que la nôtre, plus conforme à l'évolution générale du droit. Plus satisfaisante : nous aurions ainsi une propriété commerciale parallèle à la propriété industrielle et à la propriété littéraire ; plus conforme aussi à l'évolution du droit : lorsque la valeur d'une chose augmente dans l'opinion publique, il y a, nous semble-t-il (2),

(1) Giannini, *La concorrenza sleale*, Naples, 1898, p. 75-78 ; Guggisberg, *op. cit.*

(2) Nous ne donnons d'ailleurs cette dernière idée que nous n'avons vu exprimer nulle part que pour ce qu'elle vaut, c'est-à-dire pour une

une tendance à en protéger la jouissance, non plus par une simple action en dommages-intérêts, mais par une véritable revendication. Si l'action en concurrence déloyale pouvait être envisagée comme une action en indemnité à l'époque ancienne où le commerce n'avait qu'une importance secondaire, le système qui l'érige en action réelle répondrait mieux, selon nous, à l'importance prise aujourd'hui par la propriété commerciale. Mais, ceci reconnu, l'objection n'a rien qui nous embarrasse, car, s'il est vrai que l'action en concurrence déloyale doit être considérée comme une action réelle, alors il n'est pas moins certain que les hypothèses qui nous occupent ne rentrent plus du tout dans la concurrence déloyale ainsi entendue. C'est d'ailleurs ce que reconnaissent les auteurs qui admettent cette théorie. M. Giannini, qui voit dans l'action en concurrence déloyale une action réelle servant à revendiquer les signes ou marques de fabrique usurpés par un concurrent (1), se refuse à admettre qu'elle puisse servir à réprimer les « actes qui, pour être en soi permis, deviennent d'une façon relative illicites par suite de l'existence d'un rapport contractuel entre concurrents » (2).

C'est donc par un abus manifeste que les auteurs français ont voulu faire rentrer ces hypothèses dans le cadre de la concurrence déloyale. Surpris par la nouveauté de ces espè-

hypothèse. Nous indiquerions toutefois à l'appui de cette thèse l'évolution qui s'est produite à Rome pour les *res nec mancipi*. A l'origine, les *res mancipi* seules étaient, semble-t-il, protégées par la revendication ; pour les *res nec mancipi* il n'y avait qu'une action délictuelle, l'*actio furti*. Ce n'est que plus tard, quand l'importance des *res nec mancipi* se fut accrue, qu'on leur étendit la revendication.

(1) Giannini, *op. cit.*, p. 76.

(2) Giannini, *op. cit.*, p. 33.

ces, ils ont essayé, sinon de les expliquer, du moins de les cataloguer sous une étiquette connue, se conformant d'ailleurs en cela au désir de systématisation qui autrefois animait nos juristes. C'était là, croyons-nous, un effort inutile. Il fallait se résigner à déclarer qu'il y avait là une théorie distincte : celle de la responsabilité civile du tiers complice.

SECTION II. — Violation des obligations du mandataire.

I. — Obligation pour le mandataire de ne passer aucun acte contraire aux intérêts de son mandant. — La violation de cette obligation, dans l'hypothèse où elle ne constitue pas un abus de confiance, entraîne-t-elle, sous forme de nullité ou autrement, responsabilité à la charge du tiers qui s'en est rendu complice ?
II. — Hypothèse du mandataire ordinaire.
III. — Hypothèse des gérants et administrateurs de sociétés.

Le mandat fait naître à la charge du mandataire différentes obligations. Nous n'en retiendrons qu'une, une obligation de ne pas faire : celle de ne passer aucun acte contraire aux intérêts du mandant. Le mandataire qui manque à ce devoir tombe parfois sous le coup des peines de l'abus de confiance. Dans cette hypothèse, le tiers qui se rendrait complice de cet abus de confiance serait certainement, d'après les principes généraux, tenu, non seulement au point de vue pénal, mais encore au point de vue civil. Mais souvent les éléments de l'abus de confiance ne se trouvent pas réunis ; alors se pose dans toute sa difficulté la question : le tiers qui pousse un mandataire à passer un acte contraire aux intérêts de son mandant, un acte frauduleux, mais qui cependant échappe à la loi pénale, sera-t-il tenu envers le mandant à réparation ? Par exemple, un mandataire, pour procurer un bénéfice à un tiers, a vendu à celui-ci un bien qu'il était chargé de vendre pour un prix inférieur à sa valeur. Le mandataire, quoiqu'ayant lésé les intérêts de son mandant, ne pourra pas être poursuivi pour abus de confiance. Le tiers évidemment ne sera pas davantage tenu

pénalement. Sera-t-il néanmoins exposé à une réparation civile ? Si on admet l'affirmative, la réparation la plus adéquateque puisse demander le mandant, c'est évidemment ici encore la destruction, c'est-à-dire, puisque nous sommes en présence d'un acte juridique, la nullité de l'acte dolosif. La responsabilité du tiers se traduira par l'impossibilité où il se trouvera d'opposer au mandant l'acte passé avec son mandataire.

Cette responsabilité du tiers existe-t-elle ? La question se pose à propos du mandataire ordinaire,mais aussi et surtout à propos du gérant d'une société. Il est bon, croyons-nous, d'examiner séparément les deux hypothèses, car lorsqu'il s'agit du gérant, le droit commercial a été amené à faire intervenir certaines idées particulières qui sont restées étrangères au droit civil.

Et d'abord, un tiers peut-il être déclaré responsable civilement quand il a aidé ou incité un mandataire à passer un acte contraire aux intérêts du mandant ? Une distinction s'impose. Le mandataire a pu outrepasser les pouvoirs que lui conférait son mandat : dans ce cas, pas de difficulté. Il n'y a même pas à rechercher si le tiers avec qui a traité le mandataire était ou non de bonne foi. L'acte sera certainement nul. L'article 1998, alinéa 2, du Code civil déclare expressément que le mandant n'est pas « tenu de ce qui a pu être fait au delà » des pouvoirs qu'il avait donnés. Il n'en serait autrement que s'il avait « ratifié expressément ou tacitement ». Mais il peut arriver que le mandataire, tout en restant dans les limites qui lui ont été tracées, fasse de ses pouvoirs un usage contraire aux intérêts de son mandant, pour employer une expression usitée surtout en droit administratif, il est possible que le mandataire commette un dé-

tournement de pouvoir. En principe, dans cette hypothèse, le mandant sera obligé vis-à-vis des tiers. Cette solution est d'ailleurs commandée par le texte de l'article 1998, alinéa 1er : « Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire conformément au pouvoir qui lui a été donné. » Mais si tel est le principe, la jurisprudence apporte une exception pour le cas où le mandataire a traité avec un tiers qui s'est rendu complice, peut-être même qui a eu simplement connaissance de la fraude commise par le mandataire.

Nous citerons en particulier comme consacrant cette restriction un jugement du tribunal de Limoges (1). Un sieur Couty avait donné à son fils mandat d'emprunter 30.000 francs. Après avoir emprunté une première fois la somme, Couty fils avait encore souscrit au profit d'un sieur Aubert cinq billets d'une valeur totale de 10.000 francs. Poursuivi par Aubert en paiement, Couty père alléguait qu'il ne saurait être tenu, car, au moment de la création de ces billets, la procuration n'avait plus d'objet, le mandat ayant déjà été exécuté. Mais à cette prétention le tribunal répondit très justement « qu'en droit un acte accompli par le mandataire oblige le mandant vis-à-vis des tiers par cela seul qu'il rentre dans les limites du mandat ». Ayant ainsi posé le principe, le tribunal, faisant allusion à la restriction que nous avons signalée, ajoute que « cet effet doit se produire... si les personnes avec lesquelles a traité le mandataire ont ignoré l'abus qu'il faisait des pouvoirs qui lui étaient confiés ». Et développant cette idée, le jugement poursuit : « Attendu que dans l'espèce la souscription des billets n'excédait pas les bornes de la procuration donnée ;

(1) Trib. civ. Limoges, 8 décembre 1899, *Gaz. Pal.*, 1900.I.97.

que, pour faire rejeter l'action formée contre lui (Couty père, le mandant),... il lui faudrait démontrer... *que cette circonstance* (le premier emprunt) *était connue d'Aubert.* » Le tribunal, dans ces derniers mots, paraît se contenter de la simple connaissance chez le tiers. Mais par la suite il semble préciser la nature de cette connaissance ; ce qu'il exige alors, ce n'est plus la simple connaissance, c'est la véritable collusion entre le tiers et le mandataire. C'est du moins la conclusion qui se dégage de ce considérant : « Attendu qu'il est difficile au surplus de comprendre l'intérêt qu'Aubert pourrait avoir à se rendre *complice de la fraude* qui aurait été commise par Couty fils » (1).

D'après la jurisprudence, si un tiers a eu connaissance, ou mieux, s'est rendu complice de la fraude commise par un mandataire, le mandant ne sera donc pas obligé par l'acte passé, quoique son mandataire ait agi dans les limites de ses pouvoirs. Ce tempérament est d'ailleurs également admis en doctrine. M. Brémond (2) l'énonce très nettement : « Le mandant n'est obligé que si le tiers est de bonne foi ; il est juste en effet que le tiers ne soit pas dupe de la confiance

(1) On peut rapprocher de ce jugement un arrêt de la Courde Dijon du 22 juillet 1909, *Gaz. Pal.*, 1909.II.501. Un individu était poursuivi pour avoir, en qualité de prête-nom, aidé un notaire à violer ses obligations de mandataire. La Cour reconnaît expressément dans ses considérants que « la personne lésée peut, sinon par application des règles du mandat, aucun lien résultant d'un contrat de cette nature n'existant entre elle et le prête-nom, tout au moins *en vertu des règles du droit commun*, demander à ce dernier la réparation du préjudice qu'il lui a causé en coopérant à l'acte, s'il établit que cette coopération a constitué de sa part une faute personnelle ». La Cour déboute d'ailleurs le demandeur, le concert frauduleux n'étant en l'espèce pas prouvé. Cf. sur cet arrêt, Demogue, *Rev. trim.*, 1910, p. 168.

(2) Brémond, *Des effets du mandat à l'égard des tiers*, th. Aix, 1871, p. 92. — Cf. D., *Rép.*, *Suppl.*, V° *Mandat*, n° 386.

qu'il a eue dans la procuration ; mais s'il est complice du mandataire, il n'est plus digne de protection ; il n'aura donc pas action contre le mandant. »

Cette idée qui apparaît fort clairement au cas de mandat conventionnel, reçoit une application peut-être encore plus nette dans un domaine qui, il est vrai, dépasse un peu le cadre de notre étude, mais présente avec le mandat conventionnel la plus frappante analogie, nous faisons ici allusion au mandat légal. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de cassation du 26 mars 1855 (1) avait à statuer sur le cas d'un mari, administrateur des biens de sa femme dotale, qui, pour la frustrer, avait aliéné des meubles dotaux au profit de tiers de mauvaise foi. L'arrêt dispose que « si l'exécution des actes passés par le mari peut, dans certains cas, être maintenue vis-à-vis des tiers de bonne foi, il en doit être autrement lorsque cette bonne foi ne se rencontre pas ; que loin de là *les tiers se sont rendus complices de l'abus et de la fraude en y concourant ou même en les provoquant pour en tirer profit* ». Pour justifier cette solution, la Cour de cassation invoque le principe que « la fraude fait exception à toutes les règles ». Nous voyons donc ici reparaître l'adage maintes fois rencontré : *Fraus omnia corrumpit.*

(1) S. 1855.I.481. On pourra rapprocher de cet arrêt, en ce qui concerne la femme dotale, les intéressantes conclusions de M. le procureur général Baudouin sous Cass. civ., 28 janvier 1907, D. 1910.I.102 ; pour le cas d'une femme commune en biens, le curieux arrêt de la Cour de Colmar du 25 février 1857, S. 57.II.321, D. 57.II.88, faisant appel aux principes de l'action paulienne et à la maxime : *Malitiis non est indulgendum* en une hypothèse où l'idée de responsabilité civile du tiers complice eût peut-être conduit plus facilement et plus sûrement au but cherché. — Cf. sur ce dernier point les observations de MM. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du contrat de mariage*, t. I, 2e éd., nos 650 et 778-779, et le jugement du Trib. civ. Seine, 20 décembre 1909, *Gaz. Pal.*, 1910.I.141.

Un arrêt de la Cour de Lyon du 5 février 1909 (1) a fait une application analogue de ces idées dans une espèce où le mandataire légal était un père, administrateur légal des biens de sa fille. Ce père, dans son intérêt personnel et au détriment de l'incapable, avait aliéné les biens qu'il était chargé d'administrer. Evidemment, en ce faisant, il avait commis un abus de droit, nous disions tout à l'heure un détournement de pouvoir, et de ce chef il devait réparation. L'arrêt décide fort justement « que le père qui mésuse de son droit dans son intérêt personnel et au détriment du mineur demeure responsable de cet abus vis-à-vis dudit mineur ». Mais le mineur avait-il également un recours contre le tiers acquéreur? La Cour indique que la responsabilité dérivant de l'abus de droit « ne peut pas être étendue aux tiers, à moins que ceux-ci n'aient été mis au courant de cet abus et de l'opposition d'intérêts qui existait entre le père et son enfant mineur, soit par le contenu de l'acte lui-même, soit par les circonstances dans lesquelles ils ont été amenés à y participer ». L'arrêt réserve donc, comme le fait remarquer, dans son analyse si pénétrante, M. Eug.Gaudemet (2), « le cas où le tiers, étant par sa mauvaise foi *complice de l'abus*, serait associé par là même à l'obligation de réparation qui grève l'auteur de l'acte ». Et M. Eug. Gaudemet ajoute : « L'inefficacité pourrait alors être invoquée comme une forme de réparation. » Voilà, confirmée par une plume autorisée, une idée sur laquelle nous avons nous-même à plusieurs reprises insisté.

Dans l'hypothèse spéciale où le mandataire est le gérant d'une société, nous devrions logiquement retrouver les

(1) *Gaz. Pal.*, 17 avril 1909.
(2) *Rev. trim.*, 1909, p. 674.

mêmes principes. Ici encore il serait naturel de maintenir la distinction entre les cas où le mandataire a outrepassé ses pouvoirs et ceux où il en a seulement abusé. Et, de fait, certains commercialistes (1) ont grand soin d'établir une barrière entre l'excès et l'abus de pouvoir.

Mais si, en théorie, cette distinction subsiste, il faut reconnaître qu'en pratique la jurisprudence a été amenée à en diminuer considérablement la portée. Elle a été surtout guidée dans cette voie par des considérations économiques. Si, au point de vue juridique pur, on peut assimiler le gérant d'une société et le mandataire, on doit avouer qu'au point de vue économique une société commerciale et un mandant ordinaire sont loin d'aspirer au même but, un gérant de société et un mandataire ordinaire, loin de remplir les mêmes fonctions. Tandis qu'un mandataire ordinaire n'a en général à passer qu'un petit nombre d'actes, souvent même un seul acte déterminé, le gérant d'une société au contraire est appelé à traiter une quantité considérable d'affaires. D'autre part, une société commerciale a, avant tout, besoin de crédit, et ce crédit serait gravement atteint si les tiers qui traitent avec son gérant étaient à chaque instant exposés à voir annuler les conventions conclues sous prétexte qu'en passant tel ou tel acte, le gérant a outrepassé les limites de ses pouvoirs.

La jurisprudence, s'inspirant de ces considérations, a été amenée à décider que la société serait obligée, alors même que le gérant aurait excédé son mandat, toutes les fois que celui-ci aurait traité sous la signature sociale, pour employer l'expression consacrée, sous la raison sociale. Il y a là pour la société, comme le dit de façon très expressive

(1) Thaller, *Traité élémentaire*, 4e éd., 1910, n° 412, p. 240.

M. Percerou (1), une « condition *sine qua non* de son crédit ». « Et d'ailleurs, ainsi que le fait également remarquer M. Percerou, c'est aussi le contre-poids des gains qu'elle court la chance de réaliser ; elle profite de l'activité utile de son gérant : s'il a des audaces heureuses elle en bénéficie. Il n'est que juste aussi qu'elle en supporte les conséquences mauvaises. Il n'y a là qu'une équitable compensation des risques. »

En principe donc tout acte passé par le gérant sous la raison sociale sera censé fait dans l'intérêt de la société. Toutefois ce principe n'est pas absolu.

Tout d'abord il se peut que l'acte lui-même révèle que, malgré l'emploi de la raison sociale, le contrat était fait dans l'intérêt exclusif du gérant. Ainsi, dans une espèce soumise à la Cour de Bordeaux (2), un gérant avait revêtu de la raison sociale un contrat d'assurance sur la vie. Comme le remarque l'arrêt, « le billet souscrit portait en lui-même la preuve qu'il était souscrit pour l'intérêt particulier de l'un des associés et qu'il était étranger aux affaires de la société ».

D'autres décisions ont prétendu apporter une restriction beaucoup plus importante. Un arrêt de la Cour de Lyon (3) en particulier a soutenu « que toutes les clauses régulièrement publiées d'un acte de société sont opposables aux tiers ». Au cas où les clauses déterminant les pouvoirs du gérant auraient été publiées, on serait donc ramené à examiner comme pour le mandataire ordinaire si ce gérant a ou non outrepassé ses pouvoirs. Mais l'opinion généralement adoptée décide que « toute clause par laquelle la so-

(1) Percerou, *Des abus de la raison sociale*, *Annales de droit commercial*, 1898, p. 120.

(2) Bordeaux, 12 août 1868, S. 69.II.108.

(3) Lyon, 20 mars 1895, *Revue des sociétés*, 1895, p. 626.

ciété s'affranchirait formellement de la responsabilité de ceux des actes du gérant qui seraient pris en vertu d'un abus de signature... ne doit pas produire effet » (1).

Voilà des restrictions proposées, quelle que soit la bonne ou la mauvaise foi des tiers. N'en existe-t-il pas une autre, spéciale aux tiers de mauvaise foi ? Si les tiers ont su au moment où ils contractaient que le gérant agissait en dehors de ses pouvoirs, la société sera-t-elle tenue ? Les arrêts répondent par la négative. Mais il faut remarquer qu'ici la jurisprudence ne considère pas un tiers comme de mauvaise foi par cela seul que l'acte était passé dans l'intérêt du gérant (2). « Il est en effet possible, comme le remarque M. Lyon-Caen (3), que les associés du gérant l'autorisent, pour lui donner un crédit personnel plus grand et lui rendre ainsi service, à user de la raison sociale pour des actes qui n'intéressent que lui personnellement. » Les tiers ne seront réputés de mauvaise foi que lorsque, sachant que l'opération était étrangère aux affaires sociales, ils n'ont pas pu légitimement supposer que le gérant avait été autorisé à user de la raison sociale pour ses affaires personnelles.

Lorsque la mauvaise foi ainsi entendue se rencontrera chez les tiers, ceux-ci ne pourront pas opposer à la société l'acte qu'ils ont passé avec son gérant. C'est la solution formulée dans un arrêt de la Cour de cassation du 24 janvier 1853 (4). Un banquier, le sieur Decaux, avait fondé une société en commandite, la *Caisse commerciale de l'Eure*. Il

(1) Thaller, *Traité élémentaire*, 1910, n° 412, p. 240.

(2) Cass., 21 février 1860, S. 60.I.415. — Cf. D., *Rép.*, *Suppl.*, V° *Société*, n^{os} 519 et 520.

(3) Note au S. 1900.I.5.

(4) D. 53.I.13.

avait à cette époque un certain nombre de créanciers parmi lesquels un sieur L... Il souscrivit à celui-ci, sous la signature sociale, une obligation pour la valeur de sa dette. Puis Decaux, ayant disparu, fut déclaré en faillite ainsi que la société qu'il avait créée. L... se présenta à la faillite de la société, mais les syndics refusèrent de l'y admettre, alléguant que sa créance était étrangère à la société. La Cour de cassation relève, suivant son expression favorite, « que le demandeur avait une *parfaite connaissance* de la nature des valeurs qu'il recevait », et elle en conclut « qu'en recevant ainsi ces valeurs au préjudice de la société, le demandeur agissait de mauvaise foi, et que c'est à tort qu'il invoque des principes qui ne sont applicables qu'au cas d'engagement sérieux contracté entre le gérant d'une société et les tiers ». Un arrêt de la Cour de cassation du 31 octobre 1887 (1) décide de même que « l'association en participation contractée par le gérant d'une société en nom collectif, par abus de la raison sociale, peut être annulée si le tiers avec qui le gérant a traité connaissait cet abus ». C'est également la conclusion qui découle d'une décision de la Cour de Douai approuvée par la Cour suprême (2). « La signature sociale, dit l'arrêt, engage la société à moins que le tiers, porteur du titre, ait agi de mauvaise foi. »

Enfin un arrêt de la Cour de cassation du 26 avril 1906 (3) prouve que la jurisprudence a bien persisté dans cette voie. Les circonstances de la cause étaient analogues à celles de l'affaire de 1853. Un sieur Lavialle, gérant d'une société en commandite Lavialle et Cie, avait, en violation d'un article formel du pacte social, souscrit des traites au profit de l'un

(1) *Revue des sociétés*, 1888, p. 6.
(2) Douai, 7 mars 1899, sous Cass., 5 novembre 1900, D. 1902.I.5.
(3) Cass., 26 avril 1906, D. 1908.1.500.

de ses créanciers personnels, un sieur Jouve. L'arrêt condamne le sieur Jouve, car celui-ci « ne pouvait pas ignorer le vice dont étaient entachées les valeurs qu'il a ainsi reçues en paiement ».

Comment expliquer cette jurisprudence ? En faisant observer avec M. Percerou (1) que les tiers, en traitant alors qu'ils connaissent l'abus de la raison sociale, « s'en rendent les complices et que leur fraude est indigne de toute protection » ? C'est, sous une forme à peine déguisée, affirmer la responsabilité civile du tiers complice (2).

(1) Percerou, *loc. cit.*, p. 129.

(2) Cf. pour le cas où le mandataire est un administrateur délégué de société anonyme, Cass., 14 avril 1908, *Journ. trib. com.*, 1909, p. 565.

SECTION III. — Violation d'une clause d'inaliénabilité.

Variété des clauses d'inaliénabilité. — Défense d'aliéner proprement dite et défense d'aliéner au-dessous d'un certain prix ; leur rapprochement nécessaire.

La clause d'inaliénabilité peut revêtir des aspects variés. Elle peut d'abord, et c'est là le sens étroit auquel on l'entend d'ordinaire, retirer absolument au grevé le droit de disposer à titre gratuit ou onéreux de la chose sur laquelle elle porte. Mais elle peut aussi avoir une étendue moindre ; au lieu de supprimer le droit de disposer, elle peut se borner à le restreindre : le propriétaire sera par exemple privé seulement du droit de disposer à titre gratuit ; ou même la faculté d'aliéner subsistera à son profit : la clause lui interdira exclusivement d'hypothéquer si elle a trait à des immeubles, de donner en gage s'il s'agit de meubles.

Parfois même elle aura encore un effet moins radical : elle ne retirera au grevé aucun droit d'une façon absolue ; comme auparavant il pourra aliéner, hypothéquer, donner en gage ; mais ces actes, il ne pourra les passer que sous certaines conditions. C'est ainsi que dans ces dernières années la jurisprudence a eu à s'occuper d'une clause interdisant à un commerçant de vendre un produit déterminé au-dessous d'un certain prix. Il y avait bien là, semble-t-il, un aspect de la clause d'inaliénabilité, aspect atténué, aspect dégradé, où l'inaliénabilité totale faisait place à une inaliénabilité partielle. Phénomène étrange ! Il ne semble pas qu'on ait jamais songé à rapprocher les deux questions. Tandis que la vieille théorie des clauses d'inaliénabilité don-

nait lieu durant la seconde moitié du XIX^e^ siècle à toute une littérature, passionnait la doctrine, divisait la jurisprudence, sa sœur cadette, nouveau Cendrillon, passait à peu près inaperçue, reléguée le plus souvent dans quelque obscur jugement d'un tribunal consulaire.

Ces deux questions, si éloignées dans l'opinion courante, qui ne sont à nos yeux que deux aspects différents d'un même problème, nous avons cru, sacrifiant aux idées généralement admises, devoir les étudier séparément. Nous rechercherons successivement si, dans l'un et dans l'autre domaine, la théorie de la responsabilité civile du tiers complice n'a pas poussé ses racines. Nous verrons que si, sur le terrain anciennement défriché de la clause d'inaliénabilité proprement dite, ces racines sont difficiles à découvrir, profondément enfouies sous l'amoncellement des systèmes, sur le terrain neuf de la défense d'aliéner au-dessous d'un certain prix, elles apparaissent à fleur de terre.

§ 1. — Défense d'aliéner proprement dite.

I. — Données fondamentales du problème de la responsabilité civile du tiers complice : 1. Validité des clauses d'inaliénabilité; 2. Analyse de la défense d'aliéner en une simple obligation de ne pas faire. — Systèmes dissidents.

II. — Supériorité du système de l'obligation de ne pas faire : 1. Au point de vue théorique ; 2. Au point de vue pratique : comment il est possible d'en combler les lacunes à l'aide de la responsabilité civile du tiers complice ; 3. Au point de vue de l'histoire et du droit comparé.

III. — Comment il est permis d'invoquer la jurisprudence à l'appui de la théorie proposée : 1. Arguments tirés de son évolution ; 2. Argument tiré d'une jurisprudence parallèle ; 3. Arguments tirés de quelques-unes de ses solutions.

Pour que puisse se poser le problème de la responsabilité civile du tiers complice, plusieurs conditions sont né-

cessaires. La première tâche qui s'impose à nous est d'en démontrer l'existence.

Il faut d'abord, cela est d'évidence, admettre la validité des clauses d'inaliénabilité. C'est un point sur lequel la jurisprudence a eu des doutes. Les clauses d'inaliénabilité, tendant à restreindre ou même à supprimer le droit de disposition du propriétaire, lui paraissaient contraires, d'une part au principe de libre circulation des biens, principe fondé sur l'intérêt général, d'ordre public par conséquent, placé au-dessus des conventions particulières; d'autre part, et plus encore, au caractère absolu reconnu par l'article 544 du Code civil au droit de propriété (1). Mais plus tard, s'inspirant surtout de considérations pratiques, oubliant peut-être aussi le fétichisme dont on avait entouré le droit de propriété, droit intangible et sacro-saint, durant les années qui suivirent la Révolution, la jurisprudence s'est départie de sa rigueur primitive. Aujourd'hui elle admet sans difficulté la validité de la clause sous deux réserves seulement. Il faut en premier lieu qu'elle se justifie par un intérêt sérieux, intérêt qui peut être d'ailleurs celui du stipulant, celui d'un tiers, peut-être même, suivant l'opinion qui paraît aujourd'hui dominante, celui du grevé (2). Il faut en second lieu qu'elle n'ait pas un caractère de perpétuité ni même de trop longue durée.

La doctrine, de son côté, tout en déclarant que la jurisprudence, relativement aux clauses d'inaliénabilité, a joué

(1) Cass., 15 mars 1837, D., *Rép.*, V° *Domaines engagés et échangés*, § 3, n. 34 ; Lyon, 7 avril 1835, D., *Rép.*, V° *Dispositions entre vifs*, n° 179-1° ; Paris, 11 mars 1836, D., *ibid.*, n° 179-2°.

(2) Les trois intérêts sont indiqués dans Toulouse, 6 juillet 1883, *Gaz. Pal.*, 83.II.250 ; Trib. civ. Seine, 12 juin 1890, P. 91.II.24 ; Marseille, 27 mars 1896, sous Cass., D. 1900.I.533.

un « rôle tout prétorien » (1), en avouant qu'il y a « sur ce point une antinomie radicale, irréductible entre la loi et la jurisprudence » (2), se montre cependant disposée à suivre nos tribunaux dans la voie hardie où ils se sont engagés (3).

On peut donc dire qu'aujourd'hui l'accord est à peu près établi, tant en doctrine qu'en jurisprudence, pour reconnaître la validité de la clause d'inaliénabilité. L'entente au contraire est loin de régner sur la seconde question à laquelle est subordonné le problème de la responsabilité civile du tiers complice : la validité de la clause acceptée, comment faut-il la justifier ?

Trois explications principales ont été sur ce point proposées. La première prend pour base l'idée d'incapacité personnelle. Le grevé, par convention ou par testament, se trouverait placé, vis-à-vis du bien stipulé inaliénable, dans la situation d'un incapable. Cette incapacité se comprendrait particulièrement bien quand l'inaliénabilité aurait été insérée dans l'intérêt du gratifié (4), étant pour celui-ci une mesure de protection, mais on pourrait à la rigueur la concevoir également dans les autres cas, l'incapacité n'étant pas toujours établie en faveur d'une personne, mais se trouvant parfois édictée contre une personne. Nous n'en voulons pour preuve que l'incapacité qui atteint l'interdit légal ou même l'incapacité du prodigue, faite, moins pour le défendre, que pour protéger sa famille. Certaines décisions jurisprudentielles font allusion à cette théorie de l'incapacité.

Mais beaucoup plus généralement on semble se rallier

(1) Chéron, *La jurisprudence sur les clauses d'inaliénabilité*, *Rev. trim.*, 1906, p. 340.

(2) Chéron, *ibid.*

(3) Baudry-Lacantinerie et Colin, *Donations*, 2e éd., 1899, nos 124 sq.

(4) Baudry-Lacantinerie et Colin, *op. cit.*, nos 129 sq.

aujourd'hui à une seconde opinion d'après laquelle la clause d'inaliénabilité frapperait les biens sur lesquels elle porte d'une véritable indisponibilité réelle (1). La volonté du disposant aboutirait ici à un résultat analogue à celui que nous voyons produit par la loi en matière de substitutions permises (art. 1048 et suiv., C. civ.) ou, suivant une opinion autrefois défendue (2), en matière de régime dotal.

Enfin, d'après l'opinion la dernière venue en doctrine, imaginée par M. Bartin (3), il y aurait lieu de distinguer entre la clause d'inaliénabilité proprement dite et la simple défense d'aliéner. Tandis que « dans la pensée de qui l'impose, la condition d'inaliénabilité tend à imprimer sur les biens qui en sont l'objet une qualité juridique que la loi ne reconnaît pas et est par conséquent « inévitablement dénuée d'effet », « juridiquement impossible », « la condition par laquelle on impose à une personne de ne pas aliéner un bien... implique simplement obligation de ne pas aliéner ce bien » (4). Délaissant cette distinction subtile pour n'en retenir que l'idée essentielle, imitant d'ailleurs M. Bartin lui-même, qui, « sauf indication contraire du disposant, considère la condition de ne pas aliéner comme une simple obligation » (5), les auteurs qui se sont inspirés de cette doctrine l'ont résumée plus simplement en disant : la clause d'inaliénabilité ou défense d'aliéner s'analyse en une simple obligation de ne pas aliéner (6).

(1) Cette théorie trouve son expression la plus perfectionnée dans Bretonneau, *Etude sur les clauses d'inaliénabilité*, th. Paris, 1902.

(2) Mongin, *Rev. crit.*, 1886, p. 92 et 170.

(3) Bartin, *Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs*, Paris, 1887, p. 52 sq. et 164 sq.

(4) Bartin, *op. cit.*, p. 164.

(5) Bartin, *op. cit.*, p. 179.

(6) Saignat, *De la clause portant défense d'aliéner*, th. Bordeaux, 1896 ; Coste, *De la clause prohibitive d'aliéner*, th. Montpellier, 1902.

On aperçoit dès l'abord que le rapport d'obligation nécessaire pour que se pose le problème de la responsabilité civile du tiers complice ne se rencontre que dans cette dernière théorie. Il y a donc pour nous un intérêt primordial à rechercher si cette conception doit être admise, à examiner ensuite si on en rencontre des traces dans notre jurisprudence française.

Qu'on se place au point de vue théorique ou au point de vue pratique, le système qui analyse la clause d'inaliénabilité en une simple obligation de ne pas aliéner paraît bien le plus satisfaisant.

Au point de vue théorique d'abord, il est aisé de voir combien est insoutenable l'explication fondée sur l'idée d'incapacité. L'incapacité ne peut pas être créée par la volonté d'une personne, elle ne peut dériver que d'un texte de loi formel. Les questions de capacité sont au premier chef de ces matières d'ordre public que l'article 6 du Code civil soustrait à la toute puissance de la volonté. L'article 1123 du Code civil le dit d'ailleurs formellement : « Toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi. »

La doctrine qui considère la clause d'inaliénabilité comme créant à la charge du grevé une indisponibilité réelle ne résiste guère mieux à un examen attentif. Elle mérite des reproches analogues à ceux que nous venons d'adresser au système précédent. Ici encore on a fait empiéter le domaine de l'autonomie de la volonté sur celui de la loi. L'article 1598 du Code civil décide expressément que « tout ce qui est dans le commerce peut être vendu lorsque des

Cette théorie est également adoptée avec plus ou moins de correctifs par MM. Tissier, note au S. 1904.I.225, et Boutaud, note au D. 1901. II.505.

lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation ». Cette faculté d'aliéner librement fut certainement considérée comme d'ordre public par les rédacteurs de notre Code civil, encore hantés par le souvenir des abus auxquels avaient donné lieu, sous l'ancien régime, les entraves apportées à la libre circulation des biens. La preuve en est qu'ils ont pris soin d'élaborer des textes spéciaux dans les rares hypothèses où ils jugeaient bon de s'écarter de cette règle fondamentale et de réglementer minutieusement les conditions auxquelles serait alors subordonnée cette inaliénabilité dérogatoire au droit commun. C'est par exemple ce qu'ils ont fait dans les articles 1048 et suivants du Code civil en matière de substitutions permises.

La théorie d'après laquelle la clause d'inaliénabilité engendre une indisponibilité réelle exagère de la sorte l'influence de la volonté ; elle l'exagère encore d'une autre façon. Notre loi française a défini le contenu du droit de propriété et n'en a pas permis le morcellement arbitraire (1). Des trois éléments qui le composent, *jus utendi*, *jus fruendi*, *jus abutendi*, elle a sans doute permis de distraire le *jus utendi* et le *jus fruendi* pour les ériger en droits d'usage

(1) Pour échapper à ce dernier reproche, M. Bretonneau, *op. cit.*, p. 188-189, a été amené, s'inspirant des théories de Brinz sur le patrimoine d'affectation, à substituer à la conception classique de la propriété une idée nouvelle de propriété d'affectation. Les biens qui auraient été affectés au service du gratifié ne pourraient plus être détournés de ce but qui leur aurait été assigné. Il y a là sans doute une explication ingénieuse, mais l'auteur lui-même (p. 192) doit reconnaître que cette idée est restée absolument étrangère au législateur de 1804 et il s'en console en se demandant si nous sommes « liés par ce qui a été dit il y a plus de cent ans ». Pour nous, interprète plus respectueux de la loi, nous retiendrons seulement de cette tentative qu'il semble impossible de faire cadrer l'idée d'indisponibilité avec notre notion séculaire du droit de propriété.

ou d'usufruit ; mais autre chose est enlever au propriétaire le simple usage ou la jouissance de sa chose, autre chose lui retirer la faculté d'en disposer ; autre chose est surtout prendre un attribut de la propriété pour le faire passer sur la tête d'un titulaire distinct du propriétaire, autre chose supprimer l'un de ces attributs de telle sorte qu'il n'appartienne plus à personne. De ce que le droit de propriété est susceptible de certains démembrements, on ne peut pas conclure qu'il soit permis aux particuliers de le mutiler à leur caprice.

La théorie de M. Bartin nous paraît au contraire s'harmoniser parfaitement avec les principes. Si, comme le prétend M. Bretonneau (1), le résultat auquel elle conduit est en fait le même que celui auquel aboutit la théorie de l'indisponibilité réelle, « une propriété sans *jus abutendi*, inaliénable et insaisissable », on est bien obligé de reconnaître qu'en droit il en est tout autrement. La clause d'inaliénabilité, ne créant dans cette conception qu'une obligation personnelle, n'amoindrit en aucune façon le droit réel de propriété.

Cette théorie n'est pas davantage atteinte par l'objection que nous adressions au système de l'indisponibilité réelle de placer arbitrairement un bien hors du commerce. Les biens sur lesquels porte l'obligation de ne pas aliéner ne sont pas retirés de la libre circulation. S'ils sont vendus, cette vente est en principe valable. Il est vrai qu'elle peut faire naître au profit de celui qui a stipulé l'interdiction d'aliéner une action en révocation pour cause d'inexécution des charges, action en révocation « consignée, dit M. Bartin, dans les articles 954 et 1046 du Code civil » (2). Mais ce n'est là

(1) Bretonneau, *op. cit.*, p. 161.
(2) Bartin, *op. cit.*, p. 184,

que l'application pure et simple des principes généraux du droit. On ne saurait prétendre qu'un bien est mis hors du commerce sous prétexte qu'une aliénation dont il a fait l'objet risque de tomber par l'effet de la révocation du droit de l'aliénateur.

Une seule objection théorique vraiment sérieuse a été adressée au système nouveau : dans l'hypothèse où l'inaliénabilité a été établie dans l'intérêt du gratifié, comment comprendre cette prétendue obligation contractée par une partie vis-à-vis d'elle-même ? M. Bartin (1) a prévu l'objection et l'a écartée de façon radicale : il a purement et simplement nié la validité de la clause insérée dans l'intérêt du gratifié. C'est, il faut l'avouer, une solution qui n'aurait pas aujourd'hui grand inconvénient (2). Dans la plupart des cas on pourrait suppléer à cette clause, soit en recourant aux substitutions permises, soit en constituant un bien de famille insaisissable. Mais point n'est besoin de recourir à cette échappatoire. Il est inexact de prétendre que la défense d'aliéner insérée dans l'intérêt du bénéficiaire ne procure

(1) Bartin, *op. cit.*, p. 180.

(2) D'après M. Wagner, *La clause d'inaliénabilité dans les donations et les legs*, *Rev. trim.*, 1907, p. 359, l'interdiction d'aliéner stipulée dans l'intérêt du gratifié n'aurait d'intérêt que dans un cas : « c'est lorsque la libéralité faite au profit d'un mineur doit tomber sous l'administration légale du père. Le père, administrateur légal du bien de son enfant mineur, sans remplir de formalités, ni subir de contrôle, peut, par ignorance, maladresse ou mauvaise foi, faire perdre à son enfant le bénéfice de cette libéralité. En attendant que le législateur remédie à cet inconvénient par une réglementation meilleure de l'administration légale, il semble que le donateur ou testateur ait le droit de restreindre les pouvoirs du père par une clause d'inaliénabilité. » La loi du 6 avril 1910, complétant l'article 389 du Code civil relatif à l'administration légale du père, a rendu sur ce point la clause inutile.

aucun avantage au stipulant. Celui-ci a d'abord à l'exécution de l'obligation un intérêt moral, ainsi le désir de voir le bien rester aux mains du gratifié. Or aujourd'hui l'opinion dominante admet qu'une obligation peut être valablement fondée sur un intérêt moral (1). Parfois même le disposant aura un intérêt pécuniaire à ce que le gratifié remplisse son obligation, ainsi lorsque le gratifié sera tenu vis-à-vis de lui d'une dette alimentaire dont l'exécution risquerait de se trouver compromise par l'aliénation du bien donné (2).

Satisfaisant au point de vue théorique, le système qui ramène la clause d'inaliénabilité à une pure obligation personnelle nous paraît également, au point de vue pratique, supérieur aux autres explications proposées.

La théorie fondée sur l'idée d'incapacité et celle qui se base sur la notion d'indisponibilité réelle ont un défaut commun : elles se montrent aveugles dans leurs conséquences. En prononçant dans tous les cas la nullité de la vente intervenue au mépris de l'interdiction, elles atteignent indistinctement tous les tiers, quelle que soit leur bonne ou leur mauvaise foi. C'est là un danger extrêmement grave, d'autant plus grave que dans certaines hypothèses rien ne révélera aux tiers l'existence de la clause. Dans les cas exceptionnels où le législateur a établi une inaliénabilité, il a eu soin de prescrire certaines mesures de publicité ; c'est ce qu'il a fait par exemple dans les articles 1069 et suivants du Code civil pour les substitutions permises, dans la loi du 12 juillet 1909 pour la constitution du bien de famille insaisissable. Ici rien de pareil. Nos

(1) Dorville, *De l'intérêt moral dans les obligations*, th. Paris, 1901.

(2) Cf. Saignat, *op. cit.*, p. 107-108, qui nous paraît d'ailleurs exagérer le nombre des cas où existera pour le disposant un intérêt pécuniaire.

adversaires ont compris la gravité de l'objection. Les plus prudents d'entre eux (1) ont essayé d'y échapper en prescrivant de leur propre autorité des mesures de publicité, en déclarant que « l'inaliénabilité n'est opposable aux tiers qu'à la condition d'avoir été transcrite ». C'est une solution à l'appui de laquelle à la rigueur on peut invoquer un argument d'analogie emprunté aux substitutions ; mais l'argument porte à faux. L'article 1070 du Code civil, qui, en matière immobilière, subordonne l'efficacité de la substitution à l'égard des tiers à la formalité de la transcription, est un texte exceptionnel qu'on ne saurait appliquer hors du domaine que la loi lui a assigné. Nous répliquera-t-on que le Code civil a édicté cette formalité de la transcription, non seulement pour l'hypothèse toute spéciale des substitutions, mais d'une façon beaucoup plus générale pour toutes les donations immobilières, comme en témoignent les articles 939 et suivants du Code civil ? Ce serait commettre un véritable *quiproquo*. La transcription ne joue pas du tout en matière de donations le même rôle qu'elle joue en matière de substitutions, qu'on voudrait lui faire jouer dans notre hypothèse des clauses d'inaliénabilité. La preuve, c'est qu'en matière de donations, ce sont les ayants cause du donateur qui sont amenés à invoquer le défaut de transcription à l'encontre du donataire ou d'ayants cause du donataire, tandis qu'à supposer la transcription appliquée à la clause d'inaliénabilité, ce seraient tout au contraire, comme en matière de substitutions, des ayants cause du donataire qui viendraient se prévaloir du défaut de transcription à l'égard du donateur ou d'ayants cause du donateur. On ne peut donc raisonnablement détourner de son

(1) Bretonneau, *op. cit.*, p. 283.

rôle la transcription des donations pour lui faire jouer, en ce qui touche les clauses d'inaliénabilité, la fonction toute différente dévolue à la transcription en matière de substitutions.

D'ailleurs les partisans (1) de cette publicité sont obligés de reconnaître que la transcription, même ainsi comprise, ne s'appliquerait pas dans les hypothèses extrêmement fréquentes où la clause d'inaliénabilité est insérée dans une disposition à cause de mort, le testament n'étant pas dans notre loi soumis à transcription.

On voit par là l'insuffisance des palliatifs imaginés pour remédier au danger des idées d'incapacité et d'indisponibilité réelle ; l'un et l'autre système produisent à l'égard des tiers de bonne foi des effets dont il est permis de trouver la rigueur exagérée.

Il est vrai qu'à l'inverse on a reproché au système de l'obligation de ne pas faire son inefficacité ; on a prétendu qu'il n'assurait pas de façon assez énergique le respect de la clause d'inaliénabilité, qu'il ne procurait en cas de violation de l'obligation qu'une action en dommages-intérêts assez illusoire contre le grevé, ne permettant « pas de lui donner la seule sanction qui lui soit parfaitement adéquate : la nullité des actes d'aliénation faits à son mépris (2) ». Et, de fait, c'est bien là le résultat auquel aboutit M. Bartin (3), mais ce résultat ne nous semble nullement imposé par les principes de sa théorie.

Pour le prouver on a parfois fait observer que l'aliénation consentie en violation de la clause pourra souvent, même dans le système de l'obligation de ne pas faire, être mise

(1) Bretonneau, *op. cit.*, p. 285.
(2) Bretonneau, *op. cit.*, p. 162 et 273.
(3) Bartin, *op. cit.*, p. 184.

indirectement à néant. Lorsque la clause d'inaliénabilité porte sur des biens donnés ou légués et qu'elle est établie dans l'intérêt du disposant ou d'un tiers, le gratifié, s'il manque à son engagement, s'exposera à l'action en révocation pour inexécution des charges (1). Le remède, il faut le reconnaître, n'est pas pleinement satisfaisant. Il dépasse la volonté de l'auteur de la libéralité en privant le gratifié des biens donnés ou légués (2). Il rappelle un peu le procédé de ces sauvages dont parlent les explorateurs, qui, pour cueillir les fruits, abattent l'arbre qui les porte. Il est inapplicable au cas d'inaliénabilité établie dans l'intérêt du gratifié, inapplicable aussi dans l'hypothèse où elle porterait sur des biens non compris dans la donation ou dans le legs, à supposer qu'avec certains auteurs (3) on admette la validité d'une pareille clause (4).

Mais ce premier remède écarté, on peut en imaginer d'autres. Même avec le système de l'obligation de ne pas faire, il est possible d'arriver à faire tomber directement l'aliénation sans pour autant mettre à néant la libéralité tout entière.

(1) Boutaud, note au D. 1901.II.506 ; Coste, *op. cit.*, p. 210.

(2) Cf. Wagner, *loc. cit.*, p. 329-330.

(3) Bretonneau, *op. cit.*, p. 215.

(4) C'est bien, semble-t-il, pour avoir songé seulement à cette sanction trop étroite de la révocation, que la Cour de cassation (Cass., 22 juillet 1896, D. 98.I.17, S. 1900.I.28) a refusé d'admettre la validité de la clause portant sur des biens qui faisaient déjà partie du patrimoine du gratifié ; à notre sens, il n'y a pas là, ainsi que le pense M. Thomas, *Des clauses portant défense d'aliéner, céder ou saisir dans les dispositions entre vifs ou testamentaires*, *Revue générale*, 1909, p. 201-203, un simple refus de la Cour suprême de s'engager plus avant dans la voie de l'inaliénabilité. Moins encore la Cour a-t-elle entendu trancher par là, comme le croit M. Planiol, note au D. 98.I.17, la question de savoir si la clause peut ou non être insérée dans un contrat à titre onéreux.

Pour parvenir à ce résultat, on a parfois fait appel à l'article 1143 du Code civil (1). C'est là, nous l'avons dit en abordant l'étude de l'obligation de ne pas faire, une sanction qui vient tout naturellement à l'esprit. « Le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit. » Mais l'application de l'article 1143 à notre hypothèse ne va pas sans difficulté. L'article 1143 vise le cas d'une destruction matérielle ; il est permis de douter qu'on puisse l'étendre à la destruction juridique qui se traduit par la nullité.

D'autres ont songé à l'action paulienne. L'aliénation serait annulée par application de l'article 1167 du Code civil, comme faite en fraude des droits du bénéficiaire de la clause (2). Mais ce remède encore a été critiqué, et, semble-t-il, avec raison. « En faisant intervenir ici l'article 1167, écrit M. Planiol (3), on confond les faits qui donnent ouverture à l'action paulienne et ceux qui constituent l'inexé-

(1) Saignat, *op. cit.*, p. 128 sq.

(2) C'est la thèse adoptée en particulier par la chambre des requêtes dans un arrêt du 22 août 1882, S. 83.1.25, rejetant le pourvoi formé contre un arrêt de Dijon du 9 décembre 1881. Un sieur Grange s'étant constitué caution solidaire de son gendre, M. Wist, débiteur d'un sieur Halphen, avait, à la date du 5 août 1877, pris vis à-vis du créancier de son gendre l'engagement d'honneur de ne pas hypothéquer. Par la suite, le 16 novembre 1877, M. Grange, ayant marié l'une de ses filles, avait consenti à son nouveau gendre, M. Thurillet, une hypothèque garantissant le paiement de la dot. Le sieur Halphen invoqua l'article 1167 pour faire tomber l'acte du 16 novembre 1877, consenti, affirmait-il, en fraude de ses droits. La Cour de Dijon repoussa cette prétention et son arrêt fut maintenu par la Cour de cassation, « attendu que l'arrêt, déclarant qu'il n'est point prouvé que Thurillet ait sciemment concouru à la fraude reprochée à son beau-père, les juges du fond ont justement décidé que l'acte du 16 novembre 1877 ne tombait pas sous le coup de l'article 1167 ».

(3) Planiol, *Rev. crit.*, 1883, p. 675-676.

cution d'un engagement. Ainsi entendu, l'article 1167 se transformerait profondément. Au lieu d'être une conséquence de l'article 2092 et la sanction du droit de gage général dont tout créancier jouit sur les biens de son débiteur, il deviendrait la sanction directe du contrat lui-même. »

Ici encore nous proposerons une explication plus simple et plus sûre ; pour donner au système de M. Bartin l'efficacité qui lui manque, il suffit de faire appel à la théorie de la responsabilité civile du tiers complice. La nullité de l'aliénation consentie au mépris de la clause d'inaliénabilité n'est, pour la personne lésée par la violation de l'obligation, que la réparation la plus adéquate et la plus parfaite.

Ce fondement par nous attribué à la nullité la distingue profondément de celle que proposent les partisans des systèmes de l'incapacité ou de l'indisponibilité réelle.

Elle en diffère d'abord au point de vue des personnes qui peuvent intenter l'action. Notre nullité n'étant qu'une forme de dommages-intérêts, ne pourra tout naturellement être invoquée que par le créancier, c'est-à-dire par la personne vis-à-vis de qui l'obligation a été contractée. C'est une solution que n'admettent pas les partisans des idées d'incapacité ou d'indisponibilité réelle. Ils ne sont d'ailleurs pas d'accord sur le point de savoir à qui, dans leurs systèmes, doit appartenir l'action en nullité (1). Ils oscillent entre deux tendances extrêmes : suivant l'une, la nullité aurait un caractère absolu, serait ouverte à tous ; suivant l'autre, la nullité, simplement relative, ne pourrait être invoquée que par la personne dans l'intérêt de qui l'inaliénabilité a été établie. Notre solution s'écarte manifestement du résultat

(1) Cf. Leloir, note sous Paris, 10 janvier 1906, D. 1906.II.361.

auquel aboutirait la première de ces tendances : tandis que d'après celle-ci la nullité serait donnée à tout intéressé, nous réservons le droit d'agir à une seule personne. C'est bien au contraire, comme nous, à une nullité relative que concluent ceux qui s'inspirent de la seconde tendance. Mais tandis que d'après eux l'action compète à celui au profit de qui la clause a été insérée, dans notre théorie nous avons vu que l'action est accordée à la personne vis-à-vis de qui l'engagement a été pris. Il y a des cas où ces deux systèmes concordent ; ils concordent certainement au cas où l'inaliénabilité a été stipulée dans l'intérêt du disposant, le disposant étant alors, à nos yeux, créancier de l'obligation, pour nos adversaires bénéficiaire de la clause ; peut-être (1) concorderaient-ils également lorsque l'inaliénabilité a été établie au profit d'un tiers, mais il y a une hypothèse où ils divergeront évidemment : c'est celle où l'inaliénabilité a été introduite en faveur du gratifié. Dans ce dernier cas, l'inaliénabilité devant profiter au gratifié, c'est à celui-ci que les partisans de l'indisponibilité réelle accorderont l'action ; pour nous, au contraire, considérant que le créancier de l'obligation est le disposant, c'est à lui que nous réserverons le droit d'agir, Or cette solution nous paraît bien la plus satisfaisante, car il nous semble très illogique et fort illusoire de laisser à un incapable le soin de se protéger contre sa propre incapacité. Supposer que cet administrateur incapable aura assez de raison pour confesser son incapacité en intentant l'action en nullité, c'est oublier un peu l'aventure fameuse de l'archevêque de Grenade.

Donc supériorité de notre système au point de vue des

(1) Ce second cas soulèverait d'ailleurs des difficultés spéciales, en particulier parce que la solution serait alors subordonnée aux idées admises en matière de stipulation pour autrui.

personnes qui peuvent invoquer la nullité ; supériorité aussi, ajouterons-nous, au point de vue des personnes contre qui la nullité peut être invoquée. Nous avons vu de quelle façon aveugle sont frappés dans les systèmes de l'incapacité ou de l'indisponibilité réelle les tiers qui ont traité malgré la clause d'inaliénabilité (1). Peu importe leur bonne ou leur mauvaise foi, tous seront atteints par la nullité de l'aliénation. Pour nous, au contraire, qui n'envisageons la nullité que comme une forme de dommages-intérêts, nous déciderons que cette nullité ne pourra être encourue que par les tiers qui auront agi de mauvaise foi, qui auront été complices de la violation d'obligation commise par le débiteur. Ces tiers devront-ils, pour être atteints, avoir joué un rôle actif, avoir incité le débiteur à aliéner contrairement à son engagement, suffira-t-il au contraire qu'ils aient, lors du contrat, connu la clause d'inaliénabilité, c'est ici encore un point que nous ne pourrons trancher que lorsque, dans notre seconde partie, nous aurons précisé la notion exacte de complicité. Mais, qu'on se fasse de la mauvaise foi une idée plus ou moins compréhensive, il n'en reste pas moins vrai de dire que seuls, dans notre système, pourront avoir à souffrir de la nullité les tiers de mauvaise foi. Cette solution, plus souple et plus équitable, nous paraît constituer un avantage indéniable ; donner effet vis-à-vis d'un tiers de bonne foi à une nullité dont il n'a pas pu soupçonner l'existence, c'est mériter gravement les reproches souvent adressés à la clause d'inaliénabilité de nuire à la libre circulation des biens et aux intérêts du crédit.

(1) Le tiers de bonne foi pourrait seulement, quand l'objet de la libéralité est un meuble corporel, se protéger en invoquant la maxime : En fait de meubles possession vaut titre. — Cf. Chéron, *loc. cit.*, p. 360.

La souplesse de notre théorie se manifeste encore d'une autre façon. Dans certains cas la nullité de l'aliénation consentie malgré l'interdiction ne trouve pas à s'appliquer. Ainsi un meuble corporel a été donné avec défense pour le gratifié de l'aliéner. Celui-ci, violant son engagement, cède le meuble à un tiers de mauvaise foi qui lui-même le transmet à un sous-acquéreur de bonne foi. Pour qui n'admet d'autre remède que la nullité, l'action vient échouer devant la maxime de l'article 2279 : En fait de meubles possession vaut titre. Pour nous, au contraire, la personne lésée par l'aliénation consentie au mépris de la clause n'est pas désarmée. Si elle ne peut obtenir réparation sous la forme la plus parfaite, celle d'une nullité, elle aura du moins une action en dommages-intérêts contre le premier acquéreur de mauvaise foi. Il en sera de même dans d'autres cas où la nullité, tout en étant juridiquement possible, n'aboutirait en réalité qu'à un résultat illusoire. Ainsi, dans une espèce qui s'est présentée devant nos tribunaux et que nous examinerons plus loin, un billet de faveur inaliénable avait été vendu à un tiers de mauvaise foi. L'acquéreur avait assisté à la représentation à laquelle lui donnait droit son billet dont il avait ainsi retiré tout le profit. A quoi dès lors aurait servi l'annulation de la vente ?

Enfin l'opinion qui voit dans la clause d'inaliénabilité une obligation de ne pas faire nous paraît encore affirmer sa supériorité au point de vue de l'histoire et du droit comparé.

En droit romain la défense d'aliéner n'engendrait qu'une obligation. Il en résultait qu'au moins en principe la clause ne produisait d'effet qu'entre les parties, le stipulant n'ayant d'action qu'à l'égard du promettant qui la violait. On serait seulement avec le temps parvenu à atteindre le tiers acqué-

reur de mauvaise foi, soit au moyen de l'action paulienne, soit au moyen de l'action de dol (1). C'était en somme, à l'aide des moyens dont on disposait alors, viser au but auquel pour nous conduit aujourd'hui l'application de l'article 1382 du Code civil.

Le droit comparé fournit aussi un argument en faveur de la thèse que nous défendons. C'est ainsi que le Code civil allemand consacre de façon particulièrement nette l'idée que l'inaliénabilité constitue seulement une obligation de ne pas faire. Il déclare en effet dans son paragraphe 137 : « La faculté de disposer d'un droit aliénable ne peut être supprimée ni restreinte par acte juridique. Cette règle n'enlève rien de son efficacité à l'obligation qui consiste à ne pas disposer d'un bien de cette nature » (2).

Plus satisfaisant au point de vue théorique, répondant mieux aux exigences de la pratique, plus conforme enfin aux enseignements de l'histoire et du droit étranger, le système que nous soutenons peut-il être considéré comme étant celui de notre jurisprudence française ? Il serait téméraire de prétendre que nos tribunaux aient en cette matière consacré une théorie quelconque. Ils se sont ici inspirés surtout de considérations pratiques sans souci de confor-

(1) Il semble que, contrairement à l'opinion soutenue par M. Bretonneau, *op. cit.*, p. 37 sq., le droit romain n'ait jamais consacré l'effet réel de la clause d'inaliénabilité. — V. pour ces discussions de pur droit romain : Bœttinger, *Das vertragliche Veraüsserungsverbot im früheren und jetzigen Recht*, Inaugural-Dissertation, Giessen, 1908, p. 30 sq. ; Glück (*Pandekten*, t. XVI, p. 66 sq.), reconnaissant aussi l'effet personnel, pense qu'on devait poursuivre les tiers de mauvaise foi au moyen de l'*actio de dolo*.

(2) Cf. sur cette disposition, Saleilles, *De la déclaration de volonté*, 1901, p. 244 sq. Le même système paraît consacré par le nouveau Code civil suisse, arg. *a contrario* art. 960.

mer leurs décisions à une conception d'ensemble. De là leurs incertitudes, de là, il faut bien le dire aussi, leurs contradictions, incertitudes et contradictions que souvent les auteurs (1) se sont plu à relever. Mais si de la diversité et de l'enchevêtrement des décisions jurisprudentielles on ne peut dégager aucune théorie générale, il semble toutefois que dans certaines d'entre elles se reflète notre système de l'obligation de ne pas faire.

C'est en admettant que la jurisprudence a pris plus ou moins consciemment ce système pour guide qu'on s'explique le plus aisément l'évolution qu'elle a parcourue. Si elle s'était inspirée de l'idée d'indisponibilité réelle, elle aurait dû vraisemblablement admettre aussi volontiers l'inaliénabilité, quelle que fût la personne au profit de qui elle eût été stipulée. En partant de la notion d'incapacité, elle aurait dû d'abord admettre la validité de la clause dans l'intérêt de l'incapable, c'est-à-dire dans l'intérêt du gratifié, plus tard seulement dans l'intérêt d'un tiers ou du disposant. Or telles ne sont pas les phases par lesquelles est passée la jurisprudence. Elle a commencé, semble-t-il, par valider les clauses d'inaliénabilité établies au profit du disposant (2). Ceci s'explique fort bien avec la théorie de la défense d'aliéner, simple obligation personnelle ; c'est dans l'hypothèse où la clause est insérée en faveur du disposant qu'on découvre le plus facilement le rapport d'obligation, le gratifié prenant tout naturellement la qualité de débiteur, le disposant, celle de créancier. Au contraire, s'il s'agit d'une inaliénabilité qui doit profiter au gratifié, le lien contractuel n'apparaît pas au premier abord. Vis-à-vis de qui s'oblige le gra-

(1) V. par exemple Chéron, *Rev. trim.*, 1906, p. 342.

(2) V. sur l'évolution de la jurisprudence la note de M. Tissier, S. 1904.I.227.

tifié ? Vis-à-vis de lui-même ? Il faut, nous l'avons vu, un certain effort de réflexion pour comprendre qu'il n'y a là qu'une illusion, que, même dans cette hypothèse, l'exécution de l'obligation présente pour le disposant un intérêt matériel ou moral. De là les scrupules qu'éprouve la jurisprudence à admettre dans ce cas l'inaliénabilité (1), de là les restrictions qu'elle multiplie pour limiter étroitement les hypothèses où la clause sera considérée comme licite : l'inaliénabilité établie en faveur du donataire ou du légataire ne pourra être stipulée que pour un temps très court ; si parfois les arrêts reconnaissent la licéité de la prohibition absolue d'aliéner, c'est seulement lorsqu'elle a été « imposée dans l'intérêt légitime du disposant ou d'un tiers » (2).

On pourrait encore tirer un autre argument de l'évolution de la jurisprudence. Des auteurs (3) ont remarqué que, dans une première période allant jusqu'au fameux arrêt d'Angers du 26 juillet 1842 (4), la sanction de la clause avait été seulement cherchée dans la révocation de la libéralité ; ce n'est que plus tard que les tribunaux en sont venus à prononcer la nullité de l'acte accompli en violation de la clause. Ce processus nous paraît inexplicable avec les idées d'incapacité ou d'indisponibilité réelle. Ces théories auraient immédiatement conduit à l'action en nullité. L'action en révocation ne peut se justifier qu'en partant de la notion d'obligation de ne pas faire.

(1) La jurisprudence a parfois refusé d'admettre la validité de la clause insérée dans l'intérêt du gratifié. — V. par exemple : Cass., 19 mars 1877, D. 79.I. 455, et surtout Douai, 29 décembre 1847, D. 48.II.68.

(2) Cass. civ., 16 mars 1903, S. 1905.I.613, avec une note de M. Tissier.

(3) Malric, *De la défense d'aliéner ou clause d'inaliénabilité dans les transmissions de propriété*, th. Toulouse, 1908, p. 108.

(4) D. 42.II.218, et 46.IV.163.

Voilà des arguments empruntés au développement de la jurisprudence. La conclusion qui s'en dégage s'harmonise avec certaines solutions admises dans des hypothèses connexes. Il existe, on l'a souvent remarqué (1), des affinités étroites entre la clause d'inaliénabilité d'une part, la promesse de vente et le pacte de préférence d'autre part. Si la promesse de vente et le pacte de préférence font naître, ainsi que nous l'avons montré, une obligation de faire : l'obligation de céder la chose à une personne déterminée, ils font naître en même temps une obligation corrélative inverse de ne pas faire : l'obligation de ne céder la chose à aucune autre personne. Or, nous l'avons vu, en ces matières la jurisprudence repousse toute idée de droit réel, considérant que la promesse de vente et le pacte de préférence procurent à leur bénéficiaire un simple droit personnel. Il est naturel de penser que, dans le domaine voisin des clauses d'inaliénabilité, nos tribunaux ont entendu s'inspirer des mêmes conceptions.

Nous sommes donc en droit d'invoquer à la fois l'évolution et l'esprit de la jurisprudence. Arrivons à des arguments plus directs et recherchons si, en des solutions formelles, elle n'a pas consacré parfois le système que nous défendons.

Un jugement du tribunal civil de Troyes du 5 juin 1901 (2) avait très nettement admis cette idée. Le tribunal, après avoir reconnu qu'un particulier ne peut pas se substituer au législateur « pour réglementer le droit de propriété ou imposer à autrui une déchéance dont il n'aurait pu se

(1) L'idée semble pour la première fois avoir été mise en relief par M. Bartin, *op. cit.*, p. 167.

(2) Rapporté ainsi que l'arrêt de Paris du 9 mars 1903, S. 1904.II. 204.

frapper lui-même », ajoutait : « Rien cependant n'interdit à un donateur ou à un testateur de grever le gratifié de *charges personnelles* non contraires à la loi et aux bonnes mœurs. Mais attendu qu'alors la condition du legs *ne constitue pour le gratifié qu'une obligation de ne pas faire...* ». En conséquence le tribunal déboutait le légataire et ne l'admettait pas à « demander l'annulation de conventions que la loi civile ne lui interdisait pas de contracter ». En appel, la Cour de Paris réforma cette décision et reconnut au légataire le droit d'invoquer la nullité.

Mais la Cour de cassation, dans un arrêt du 23 mars 1903 (1), rendu sur les conclusions conformes de M. l'avocat général Feuilloley, reprit dans une autre affaire l'idée qu'avait émise le tribunal de Troyes. Les conclusions de l'éminent magistrat sont à cet égard particulièrement instructives, reflétant jusque dans leurs termes le système de M. Bartin : « Cette clause (de ne pas aliéner), y est-il dit, n'a pas le caractère d'une condition d'inaliénabilité. Elle ne porte pas directement sur les biens et ne tend pas à leur donner un caractère juridique que la loi ne reconnaît pas. Si elle avait ce caractère..., elle serait nulle, car la condition d'inaliénabilité est juridiquement impossible. C'est tout simplement une défense d'aliéner qui ne frappe que la personne, à l'exclusion des biens et qui impose au bénéficiaire une simple abstention dont l'observation dépend de sa volonté ; et c'est précisément parce qu'elle ne tend qu'à créer une obligation personnelle et non à frapper des biens d'indisponibilité qu'elle est licite et valable. »

D'autres décisions de jurisprudence, sans se rallier aussi ouvertement au système de l'obligation de ne pas faire, y

(1) S. 1904.I.227, D. 1903.I.337.

font manifestement allusion. Certaines se préoccupent d'établir la mauvaise foi du tiers qui a traité avec le gratifié au mépris de la clause. Cette considération serait évidemment indifférente si on admettait l'une des autres théories. Dans un arrêt de la Cour de Douai du 29 décembre 1847 (1), nous relevons ce considérant : « A supposer qu'elle (la clause d'inaliénabilité) fût obligatoire, ni lui (l'héritier gratifié), ni ses ayants cause, ne pourraient l'invoquer, surtout alors que, comme dans l'espèce, *rien ne prouve que le tiers avait eu connaissance de la défense d'aliéner*. » De même un arrêt de Besançon du 14 mai 1870 (2) relève cette circonstance que le tiers avec qui a traité le gratifié « *connaissait parfaitement* la condition d'incessibilité apposée à cette disposition testamentaire ». Enfin un arrêt de Paris du 25 juin 1902 (3), pour justifier la condamnation contre le tiers, note également que ce tiers avait « eu une *parfaite connaissance* de la défense d'aliéner ». La Cour de cassation, sans s'être jamais formellement expliquée sur ce dernier point, a cependant une fois au moins implicitement consacré la distinction des tiers de bonne et de mauvaise foi, lorsque, adoptant une opinion que nous avons déjà rencontrée et écartée, elle a prétendu donner l'action paulienne (4) pour sanction à une interdiction d'aliéner, ou plus exactement d'hypothéquer.

Sur un autre point la jurisprudence s'est encore plus visiblement inspirée de l'idée, par nous proposée, de responsabilité civile du tiers complice. Dans l'hypothèse à laquelle nous avons déjà fait allusion où la nullité ne conduirait à aucun résultat utile, elle n'a pas hésité à mettre à la place

(1) D. 48.II.68.
(2) D. 73.II.110.
(3) *Gaz. Trib.*, 1902, 2e sem., II, p. 251.
(4) Cass., 22 août 1882, S. 83.I.25.

d'une action en nullité illusoire une action en dommages-intérêts, seule capable de procurer une réparation efficace. Nous en trouvons un exemple dans une espèce soumise à la Cour de Paris le 19 mai 1908 (1). Un sieur Marignac, secrétaire général du théâtre Montmartre, avait à titre purement gracieux obtenu de M. Carré, directeur de l'Opéra Comique, « des bons de place pour les représentations données rue Favart ». Tous ces bons, sur lesquels étaient écrits le nom et la qualité du bénéficiaire, portaient la mention : « La vente de ce billet est rigoureusement interdite ». Malgré cela, Marignac avait cédé l'un de ces bons aux époux Boudet qui, à leur bureau de tabac, avaient adjoint « une agence de billets de théâtre dits de faveur ». M. Carré assigna en dommages-intérêts les époux Boudet qui sciemment avaient aidé Marignac à violer son obligation de ne pas aliéner. La Cour de Paris accueillit cette demande : « Attendu que les appelants (les époux Boudet) ont eu tort d'accepter le bon Marignac et de le mettre en vente pour en tirer profit de connivence avec leur client ; qu'ils ont ainsi commis de mauvaise foi une faute dont ils doivent réparation... »

La jurisprudence, dans cette hypothèse, affirme, de façon très claire, que la clause d'indisponibilité n'engendre qu'une simple obligation de ne pas faire dont la violation ne peut faire naître d'action contre les tiers que par application des principes de la responsabilité civile. C'est une idée que nous allons retrouver plus nettement encore formulée en étudiant les clauses qui portent défense de vendre au-dessous d'un certain prix.

(1) *Journ. trib. com.*, 1909, p. 360. — Cf. Trib. paix Paris, X^e^, 30 avril 1892, S. 93.II.62.

§ 2. — Défense de vendre au-dessous d'un certain prix.

I. — Importance particulière du problème de la responsabilité civile du tiers complice.
II. — Décisions de la jurisprudence française et de la juriprudence belge.
III. — Leur portée exacte.

La clause par laquelle un fabricant interdit aux commerçants chargés d'écouler ses produits de les vendre au-dessous d'un certain prix a, dans ces dernières années, acquis une grande importance. C'est une des formes qu'a revêtues la tendance déjà signalée à réagir contre les excès d'une concurrence effrénée. Les industriels ont vu là un moyen d'éviter l'avilissement des cours et par suite d'assurer aux intermédiaires un bénéfice suffisant pour les encourager à tenir leurs articles en magasin et à en développer la vente. Mais parfois, dans un but de réclame, les commerçants, au mépris de la prohibition, vendent au-dessous du prix fixé. Lorsque la contravention émane d'un négociant qui a traité directement avec le fabricant, la seule difficulté est de savoir si la clause dont il s'agit est licite. La jurisprudence aujourd'hui en reconnaissant la validité, il n'est pas douteux que l'industriel puisse exercer une action en dommages-intérêts contre le co-contractant qui a manqué à ses engagements. Mais ce n'est pas ainsi qu'en pratique les choses se sont généralement présentées. Le négociant en gros qui a traité avec le fabricant a cédé la marchandise à un détaillant, et c'est ce détaillant qui l'a mise en vente au rabais. Le fabricant peut-il, dans ces conditions, exercer contre le détaillant une action en dommages-intérêts ?

La première affaire où, à notre connaissance, la question se posa fut celle qui se présenta devant la Cour de Toulouse le 15 novembre 1904 (1). La maison Peugeot avait imposé à ses agents l'obligation de ne pas vendre les bicyclettes sortant de ses ateliers au-dessous d'un certain prix. En dépit du règlement, un des représentants céda au-dessous du cours fixé des bicyclettes neuves à un marchand de Toulouse, le sieur Miquel. Celui-ci savait que son vendeur violait l'engagement qu'il avait pris. Il le savait si bien que, pour masquer l'identité de l'agent coupable, on avait eu soin de gratter le numéro d'ordre des machines vendues. Poursuivi par la maison Peugeot, Miquel fut condamné, parce qu'en acquérant « des bicyclettes à un prix inférieur au cours fixé, d'agents ayant contrevenu à leurs obligations, il s'était ainsi associé par ce fait à l'infraction dommageable commise par eux et en avait profité ».

Le tribunal de commerce de Liège, le 13 juillet 1907 (2), eut à connaître d'une affaire analogue. Un inventeur de produits pharmaceutiques, nommé Dupuy, avait imposé à ses intermédiaires l'obligation de ne pas vendre certaines pilules rouges de sa fabrication au-dessous d'un certain prix, 1 fr. 25 la boîte. Pour assurer l'exécution de cette clause, il leur avait interdit de livrer ces pilules autrement que dans une boîte revêtue d'une étiquette système *Electa* sur laquelle était inscrit un numéro d'ordre. Un sieur Graindorge, après avoir engagé avec Dupuy des pourparlers d'achat restés sans suite, avait traité avec un commissionnaire en gros et s'était procuré les pilules au prix de 0 fr. 90

(1) D. 1905.II.394, *Ann. prop. ind.*, 1906, p. 135, avec une note de M. Lallier. Cet arrêt infirmait un jugement du tribunal de commerce de Toulouse du 31 mai 1901.

(2) *Pas.*, 1907.III.335.

la boîte. Ici encore on avait fait disparaître l'étiquette qui portait le numéro d'ordre. Dupuy, ayant poursuivi Graindorge, se vit débouter de sa demande par le tribunal, car, relève le jugement, Graindorge n'ayant passé avec Dupuy aucune « convention quelconque, il avait le droit, comme propriétaire de la marchandise à lui fournie, de la vendre au prix qui lui convenait, avec ou sans boîte, et même en supprimant le timbre numéroté, le respect de celui-ci ne pouvant être exigé par le demandeur Dupuy que vis-à-vis des intermédiaires ayant adhéré de façon formelle aux clauses de réglementation *Electa*, ce qui n'est pas le cas pour le sieur Graindorge ». Le tribunal concluait que « la reconnaissance des prétentions du demandeur aboutirait à vinculer la liberté commerciale..., qu'une telle théorie est contraire aux principes juridiques et à l'équité ».

La Cour de Liège (1), saisie en appel, infirma le jugement. Elle décida que vainement Graindorge soutenait « qu'aucune convention n'étant intervenue entre lui et l'appelant, il lui était loisible de vendre les pilules rouges sous l'étiquette dont s'agit, comme de les débiter au prix qu'il voulait ». Ayant déduit des circonstances de la cause, en particulier de ses pourparlers infructueux avec Dupuy, que l'intimé, complètement renseigné sur le mécanisme du système de la réglementation *Electa*, connaissait parfaitement... les prescriptions auxquelles l'appelant subordonnait la vente au détail de ses pilules rouges », elle déclara « qu'en portant, en pleine connaissance de cause, une atteinte au droit de l'appelant, l'intimé avait commis une faute dont il était dû réparation ».

(1) Liège, 31 octobre 1908, *Pas.*, 1908.II.254, D. 1910.II.54, *Ann. prop. ind.*, 1910.I.71.

A nouveau, une affaire presque identique fut, le 10 janvier 1910 (1), soumise au tribunal de commerce de Liège. Un fabricant de cigarillos, d'une marque *Princesse Clémentine*, les avait renfermés dans des étuis revêtus de la mention imprimée suivante « 0 fr. 50 l'étui de 20... Des poursuites seront exercées par le fabricant contre toute personne qui n'observerait point le tarif ci-dessus ». Le propriétaire d'un salon de coiffure, nommé Duchateau, s'étant procuré chez un sieur Denis des cigarillos, les afficha à la vitrine de son magasin au prix de 0 fr. 45 l'étui de 20. Le fabricant de cigarillos assigna en dommages-intérêts Duchateau, se fondant « sur ce qu'en violant publiquement et en pleine connaissance de cause les conditions prescrites par lui pour la vente de ses produits, le défendeur portait une atteinte à ses droits, dépréciait ses produits et commettait une faute dont il devait réparation ». Le tribunal, maintenant sa jurisprudence antérieure, repoussa les prétentions du demandeur pour cette raison en particulier « qu'en achetant les cigarillos dont s'agit, le défendeur en était devenu propriétaire, qu'il pouvait donc en faire l'usage qui lui convenait : les vendre, les donner, les détruire ».

Nous citerons enfin comme ayant statué sur la question un jugement du tribunal de commerce de Bruxelles du 24 mai 1909 (2). La maison d'édition Larousse avait interdit à ses intermédiaires de vendre le *Petit Larousse illustré* au-dessous d'un certain prix. Des libraires, qui connaissaient cette interdiction pour avoir voulu traiter directement avec la maison Larousse, acquirent d'un intermédiaire le dic-

(1) Trib. com. Liège, 10 janvier 1910, *Pas.*, 1910.III.87. — V. sur ce jugement les observations de M. Capitaine, *Lettre de Belgique*, *La Propriété industrielle*, 1910, p. 23.

(2) *Pas.*, 1909.III.237.

tionnaire pour un prix inférieur au prix fixé et le mirent en vente au rabais. La société Larousse, arguant que les libraires, en ce faisant, avaient commis un acte de concurrence déloyale, les assigna en dommages-intérêts. Le tribunal rejeta cette demande sous prétexte qu' « il appartient à chaque commerçant d'apprécier à quel prix il lui convient de débiter sa marchandise ».

La Cour de Bruxelles (1), tout en reconnaissant « que les moyens détournés que les intimés ont employés pour se procurer les objets mis en vente par eux... pouvaient, il est vrai, être critiqués au point de vue de la délicatesse absolue », confirma le jugement du tribunal de commerce.

Telles sont, brièvement rapportées, les espèces (2) sur lesquelles la pratique eut, à notre connaissance (3), l'occasion de se prononcer. L'importance de ces décisions n'a pas

(1) Bruxelles, 29 juillet 1909, *Pas.*, 1909 II.362.

(2) La question s'est également posée en Allemagne. L'*Oberlandesgericht* de Dresde et le *Reichsgericht* ont condamné les prétentions des fabricants. — V. sur ces décisions qui ne paraissent pas avoir aperçu la question de responsabilité civile du tiers complice : *La Propriété industrielle*, 1910, p. 50.

(3) Nous citerons toutefois encore une espèce soumise au tribunal de commerce de la Seine le 13 novembre 1909, *Ann. prop. ind.*, 1910.I.77. La *Société des eaux minérales de Vittel* avait fixé le prix de la bouteille d'eau *Grande source* et *Source salée* à 0 fr. 70. Pour faire respecter cette décision, elle avait imprimé sur l'étiquette une mention interdisant de vendre au-dessous du prix. Un sieur Brunet, ayant acheté des bouteilles à une maison de gros, viola la défense ; il fut assigné en dommages-intérêts par la *Société des eaux*, mais celle-ci, au lieu de fonder sa demande sur le fait que Brunet, en aidant la maison de gros à violer son contrat, avait commis un délit, prétendit avoir grevé les bouteilles d'une servitude. C'était là, comme le dit l'annotateur, M. Lallier, une prétention « purement bouffonne » qui fut naturellement repoussée par le tribunal.

échappé aux annotateurs. Qu'ils fussent favorables (1) ou hostiles (2) à cette jurisprudence, ils en ont compris la gravité au point de vue économique. M. Lallier (3) en particulier a montré que « la question... intéresse grandement la liberté du commerce ». Pour nous, nous cantonnant pour l'instant dans le domaine strictement juridique, nous remarquerons seulement que la jurisprudence, abandonnant ici toute idée d'indisponibilité réelle ou d'incapacité, a eu du moins le mérite de poser nettement la question sur le terrain de la responsabilité civile du tiers complice. Quelle appréciation convient-il de porter sur ces décisions ? C'est là une question que nous ne pouvons évidemment trancher avant d'avoir précisé les principes sur lesquels repose cette responsabilité du tiers. Bornons-nous à rechercher ici quelle est la portée exacte des solutions que nous venons de passer en revue.

Dans les espèces où les juges ont consacré la responsabilité du tiers, on a sans doute relevé une circonstance qui, au premier abord, paraît troublante. Dans l'affaire soumise à la Cour de Toulouse comme dans l'espèce où intervint l'arrêt de la Cour de Liège on avait fait disparaître le numéro d'ordre du produit. On l'avait gratté sur les bicyclettes, on avait enlevé sur la boîte de pilules l'étiquette qui le portait. Ne pourrait-on pas prétendre qu'il y avait là un acte de concurrence déloyale, susceptible, en dehors de toute idée de complicité, d'entraîner condamnation contre son auteur ? Ce serait une méprise. Le numéro d'ordre ne pouvait en au-

(1) Demogue, *Rev. trim.*, 1906, p. 163 ; Capitaine, *Lettre de Belgique*, *Propriété industrielle*, 1908, p. 161.

(2) Lallier, *Ann. prop. ind.*, 1906, p. 135.

(3) Lallier, *ibid.*

cune façon être considéré comme une marque de fabrique. Sa seule utilité était, le jugement du tribunal de Liège le reconnaît lui-même, « de sauvegarder l'exécution de conventions particulières intervenues entre le fabricant et des intermédiaires ». Si on l'avait fait disparaître, c'était uniquement pour empêcher le fabricant de découvrir immédiatement, par la seule inspection de ses registres, quel était, de ses commissionnaires, celui qui, violant son contrat, avait cédé au détaillant le produit au-dessous du prix fixé. Cette circonstance que le numéro d'ordre avait été enlevé n'était donc pas pertinente. Si elle méritait d'être retenue, c'était seulement à titre de preuve de la fraude commise au détriment du producteur.

C'est donc en vain qu'on chercherait à contester la portée des arrêts qui consacrent la responsabilité du tiers. Quant aux décisions en apparence contraires, elles ne sont peut-être pas aussi décisives qu'on serait tenté de le croire à première vue.

C'est ainsi d'abord qu'on relève dans le jugement de Liège du 10 janvier 1910 des considérants qui en restreignent considérablement la portée : « Attendu que l'on ne peut pas prétendre, sans tomber dans l'arbitraire, que le défendeur a connu ces conditions de vente faites par le demandeur au sieur Denis, son fournisseur, ce point n'étant pas démontré ; que dès lors, si même le sieur Denis avait violé lesdites conditions de vente, on ne pourrait pas, dans l'absence de toute justification à cet égard, décider que, en coopérant sciemment à cette violation du contrat de vente qui liait le demandeur et le sieur Denis, le défendeur se serait rendu coupable de concurrence déloyale, illicite... » Ces considérants nous laissent voir qu'en l'hypothèse la preuve de la complicité n'était pas faite. Qu'aurait décidé le tribunal s'il

avait été établi que le détaillant avait sciemment aidé le négociant en gros à violer ses engagements ? Se serait-il encore incliné devant cette prétendue raison de principe que le détaillant, devenu propriétaire du produit, avait le droit d'en faire l'usage qui lui plaisait ? Il est permis d'en douter.

En ce qui concerne l'arrêt de Bruxelles du 29 juillet 1909, nous ferons observer seulement qu'il apprécie très sévèrement au point de vue moral la conduite du tiers, et que s'il renonce à le condamner, c'est à regret, parce qu'il « n'aperçoit pas... sur quel principe juridique » le fabricant « pourrait baser son droit ».

Le jugement du tribunal de commerce de Bruxelles du 24 mai 1909 est encore plus digne d'attention. S'il relaxe le tiers des fins de la poursuite, c'est parce que le demandeur, pour intenter son action, a invoqué à tort l'idée de concurrence déloyale. Examinant la question à ce point de vue, le jugement reconnaît très justement que des « faits de la cause il résulte que les défendeurs n'ont pas fait acte de concurrence déloyale ou illicite en vendant au-dessous du prix normal ». Mais, cette constatation faite, le tribunal rédige une véritable consultation juridique où il apprend au demandeur que, pour triompher, il aurait dû s'appuyer sur l'idée de responsabilité civile du tiers complice. Voici ce considérant extrêmement curieux : « Attendu que l'action ne se fonde pas, aux termes de l'exploit de citation, sur ce que les défendeurs auraient causé un préjudice à la demanderesse (la société Larousse) en participant à la violation par des tiers de l'engagement que ceux-ci auraient pris de ne pas vendre au-dessous d'un certain prix...» Le jugement pousse la sollicitude jusqu'à indiquer à la société demanderesse la procédure à suivre à l'avenir pour obtenir gain de cause ; il poursuit : « Attendu que cette action, quoi-

qu'elle dût également avoir en ce cas pour objet le paiement de dommages-intérêts du chef d'un fait illicite et dommageable, ce fait étant autre que celui qui donne lieu à la présente instance, devrait donner lieu à une action nouvelle à introduire par voie de citation... »

Le tribunal de Bruxelles, en admettant la responsabilité civile du tiers complice, reconnaissait de façon éclatante qu'il y avait bien là une théorie originale, ne se confondant nullement avec celle de la concurrence déloyale sous laquelle on avait parfois voulu l'étouffer.

Nous sommes bien ici en effet en présence d'une conception nouvelle qui se dégage, qui réclame à son tour le droit de cité. Les juristes, ne découvrant aucun principe pour la justifier, soucieux de tout ramener aux cadres qu'ils ont bâtis, hésitent parfois à l'admettre ; les profanes, qui se laissent guider par une sorte d'instinct plutôt que par une réflexion profonde, qui s'inspirent surtout de considérations d'équité, sentent qu'il y a là une notion qui véritablement s'impose et, sans s'inquiéter des scrupules qui retiennent les juristes, sans difficulté la consacrent (1). Volontiers,

(1) Nous indiquerons comme une curieuse application de cette idée la décision suivante par laquelle les commissaires d'une société de courses condamnent un tiers pour cette raison expressément formulée qu'il s'est sciemment rendu complice de la violation d'obligation commise par un débiteur : « Attendu qu'il est établi que le nommé Tod Sloan a galopé la jument Rose de Mai le dimanche matin, 17 mai, sur le terrain des Aigles ; attendu qu'en sa qualité d'ancien jockey, Sloan ne pouvait ignorer les prescriptions du règlement qui exigent une autorisation des commissaires pour se servir des terrains d'entraînement ; que cette autorisation n'avait pas été demandée ; *que Sloan s'est par conséquent volontairement rendu complice de la faute commise par l'entraîneur de Rose de Mai* » (décision rapportée dans un

nous rappelant certaines paroles de M. Gény (1), nous dirions que « cette solution juridique, surgissant peu à peu du milieu social, s'imposant à la pratique, pressentie par la doctrine, suggérée par la jurisprudence », arrive « à représenter comme un centre d'aspirations convergentes et à devenir enfin un postulat inéluctable de la vie juridique ». L'idée a pénétré dans la conscience populaire (2), dans cette conscience populaire, qui, « pour être obscure et difficile à surprendre, n'en est pas moins la sève indispensable, la sève nationale en émoi de jurification (3) ». Cette idée, il reste à la préciser et à la justifier aux yeux des juristes.

jugement du tribunal civil de la Seine, 14 décembre 1903, P. 1905.II.53).

(1) Gény, *Rev. trim.*, 1902, p. 847.

(2) Cf. sur l'analyse de cette conscience sociale : Brugeilles, *Le droit et la sociologie*, 1910, p. 75 sq.

(3) Picard, *Le droit pur*, p. 63.

DEUXIÈME PARTIE

ESSAI DE SYNTHÈSE

Un peintre, avant de jeter sur la toile l'œuvre qu'il a rêvée, étend d'abord sur sa palette les couleurs qu'il pense employer. C'est la même voie que nous avons cru devoir suivre dans l'ébauche que nous avons entreprise. Nous venons de réunir les couleurs dont l'usage nous a paru nécessaire ; nous devons maintenant, c'est la tâche la plus délicate, esquisser le tableau que notre esprit a conçu. Peut-être, et c'est là notre espoir, parviendrons-nous du moins, en imitant le peintre, à profiter de la bienveillance qu'on lui témoigne et de la liberté qu'on lui concède...

. . . . . *Pictoribus atque poetis*
Quidlibet audendi semper fuit æqua potestas.

CHAPITRE PREMIER

POSSIBILITÉ DE CONSTRUIRE UNE THÉORIE GÉNÉRALE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DU TIERS COMPLICE.

I. — Objection tirée d'une interprétation extensive de l'action paulienne. — Réfutation. — Comment au contraire l'action paulienne peut être envisagée comme un dérivé de la théorie plus générale de la responsabilité du tiers complice.

II. — Objection tirée de l'existence au profit du créancier d'un droit plus fort qu'un droit personnel. — Réfutation.

III. — Objection tirée d'un prétendu phénomène de survivance historique, le maintien d'anciennes conceptions pénales. Réfutation.

Pouvons-nous, des matériaux que nous avons rassemblés, tirer une théorie générale de la responsabilité civile du tiers complice ? Devons-nous, au contraire, ne voir là que des applications de théories particulières, sans valeur au point de vue d'une construction d'ensemble ? C'est une question que, par la force même des choses, nous avons été parfois obligé d'effleurer à propos des différentes matières que nous envisagions. Mais nous ne pouvions alors l'apercevoir que sous une forme très fragmentaire. Il est nécessaire maintenant de l'approfondir, de grouper les objections entrevues çà et là ; nous constaterons comment, sous leur apparente diversité, elles se retrouvent au fond à peu près identiques dans tous les domaines. Leur réfutation nous permettra, nous l'espérons, non seulement de dissiper les derniers doutes qu'aurait laissé subsister dans l'esprit du lecteur une discussion trop morcelée, mais encore et sur-

tout de découvrir des arguments, peut-être même une direction, pour l'élaboration du système que nous nous proposons d'édifier.

Une première objection qui vient naturellement à l'esprit, c'est que les hypothèses où nous avons cru découvrir l'idée de responsabilité civile du tiers complice ne seraient peut-être que des applications de l'action paulienne. L'action paulienne, c'est là une sorte de spectre qui, à chaque pas, nous a hanté. Nous l'avions vu apparaître dans le domaine de l'obligation de donner, à propos des aliénations d'immeubles en particulier, mais là elle ne semblait guère avoir trouvé bon accueil auprès de notre jurisprudence française. Plus menaçante, elle était réapparue en matière d'obligation de faire ; la Cour de Nancy (1) l'avait consacrée, concurremment d'ailleurs avec le principe de l'article 1382, pour justifier la condamnation du tiers qui aide à violer une promesse de vente. Il n'est pas jusqu'au terrain de l'obligation de ne pas faire où elle n'ait également pénétré ; la Chambre des requêtes, suivant d'ailleurs l'exemple de la Cour de Dijon (2), y avait cherché un moyen de parvenir à l'annulation de l'acte consenti au mépris d'une clause d'inaliénabilité.

Mais nous avons déjà critiqué ces différentes applications de l'article 1167 du Code civil ; nous avons en particulier fait observer à la suite de M. Planiol (3) qu'on ne saurait dans tous ces cas recourir à l'action paulienne sans en transformer profondément la nature. Nous entendons bien que l'action paulienne dont on voudrait ici faire usage serait une

(1) Nancy, 4 avril 1906, S. 1906.II.241.

(2) Dijon, 9 décembre 1881, sous Cass. req., 22 août 1882, S. 83. I.25.

(3) Planiol, *Revue critique*, 1883, p. 675-676.

action paulienne spéciale, une action paulienne où l'insolvabilité du débiteur serait appréciée *pro subjecta materia* (1), comme indiquant seulement l'état d'une personne qui ne peut exécuter *in specie* la prestation à laquelle elle s'est engagée. Il n'y aurait pas, pour, en ce sens spécial, déclarer un débiteur insolvable, à s'inquiéter de l'état plus ou moins prospère de sa fortune.

Une fois cette signification extrêmement large reconnue à l'idée d'insolvabilité, toutes les hypothèses que nous avons étudiées pourraient rentrer dans le cadre ainsi agrandi de l'action paulienne. Un ouvrier est embauché par un patron ; il lui a promis son travail ; s'il le prive de ce travail, objet de la prestation, en abandonnant l'atelier, pourquoi ne dirait-on pas qu'il s'est rendu insolvable ? Pourquoi n'accorderait-on pas l'action paulienne contre l'industriel qui, en ce sens tout spécial, aura créé l'insolvabilité de l'ouvrier en lui faisant quitter l'usine ? Un commerçant s'est engagé à ne pas faire concurrence ; il viole son obligation avec l'aide d'un tiers. Pourquoi ici encore ne ferait-on pas appel à l'action paulienne ?

Nous avouons ne pas apercevoir de raison pour ne pas l'appliquer aussi bien à ces hypothèses qu'à celles où nous l'avons vu introduire précédemment.

C'est de l'ancien droit qu'on prétend tirer cette dilatation de l'action paulienne (2). Mais nous avons déjà fait observer que les conditions juridiques ont depuis lors complètement changé, le système rigide des délits particuliers ayant aujourd'hui disparu. Les passages des anciens auteurs dont on invoque l'autorité n'ont souvent pas d'ailleurs la portée absolue qu'on leur attribue. Merlin en particulier ne confond

(1) Procès, *Transcription. Tiers de mauvaise foi*, p. 90, n° 41.
(2) Procès, *op. cit.*, n° 51 *bis*, p. 115-116.

pas les espèces que nous avons étudiées avec les cas d'application véritables de l'action paulienne. Visant l'hypothèse où « le second acheteur qui s'est fait nantir le premier était instruit, soit en contractant, soit en prenant saisine, qu'il existait déjà un contrat de vente du même bien », Merlin dit seulement qu'on doit accorder au premier acheteur « une action révocatoire pour faire casser le nantissement de l'autre, *à peu près comme* on permet à un simple créancier chirographaire de révoquer par l'action paulienne les aliénations qui ont été faites en fraude de sa créance (1). » L'auteur constate seulement une analogie, il ne proclame pas une identité.

On comprendrait d'ailleurs fort bien en raison qu'on établit des différences entre les deux hypothèses. Au cas d'insolvabilité véritable, le dommage auquel est exposé le créancier est plus grave ; le débiteur ayant un passif supérieur à son actif, s'il met à l'abri des poursuites les biens sur lesquels comptaient ses créanciers, il ne pourra plus être atteint. Si au contraire l'insolvabilité du débiteur est seulement relative, le créancier, qui ne pourra obtenir l'exécution en nature de la prestation à laquelle il avait droit, aura du moins la ressource de réclamer au débiteur une exécution par équivalent, c'est-à-dire de l'actionner en dommages-intérêts. Cela posé, on concevrait que l'action paulienne fût accordée moins facilement lorsqu'elle se fonderait sur une insolvabilité relative que lorsqu'elle aurait pour base une insolvabilité absolue. On imaginerait par exemple (2) très

(1) Merlin, *Rép.*, V° *Nantissement*, § 1, n° 2.

(2) Cette distinction n'est d'ailleurs pas absolument certaine. On pourrait soutenir que, même pour l'aliénation à titre gratuit, l'action paulienne ne fait que reproduire les solutions du droit commun ; si l'acquéreur à titre gratuit, même de bonne foi, est dépouillé du béné-

volontiers qu'elle fût donnée contre le tiers acquéreur à titre gratuit de bonne foi dans l'hypothèse d'insolvabilité absolue, mais pas dans celle d'insolvabilité relative. En cas d'insolvabilité absolue, maintenir l'aliénation à titre gratuit serait priver le créancier de tout recours. Il est fort légitime de le préférer au donataire puisque, suivant l'explication traditionnelle, tirée par les commentateurs d'un fragment d'Ulpien (1), le créancier veut éviter une perte, *certat de damno vitando*, le donataire a en vue un gain à réaliser, *certat de lucro captando*. Cette raison, excellente lorsque l'insolvabilité du débiteur est absolue, perd beaucoup de sa force quand le créancier n'a plus à redouter qu'une insolvabilité relative. Si le créancier ne peut plus se procurer la chose même sur laquelle il comptait, il obtiendra du moins une satisfaction pécuniaire ; il ne sera plus exposé, à vrai dire, à subir une perte. Il serait, semble-t-il, naturel de maintenir dans ce cas l'aliénation intervenue au profit de l'acquéreur à titre gratuit de bonne foi.

Il n'y a donc pas lieu, croyons-nous, d'assimiler à l'action paulienne véritable, l'action donnée contre le tiers complice en cas de violation d'un contrat. Mais s'il ne faut pas confondre ces deux actions, il serait, à notre avis, inexact de méconnaître le lien qui les rapproche. Si l'action ouverte contre le tiers complice de la violation d'un contrat n'est pas un dérivé de l'action paulienne, il n'est pas démontré qu'à l'inverse l'action paulienne ne soit pas une branche un

fice de son contrat, c'est que « l'acte dont il profite est un fait illicite qui augmente son patrimoine aux dépens des créanciers du *fraudator*, et s'analyse donc en un enrichissement sans cause » (Acher, *Rev. trim.*, 1906, p. 113). Le donataire serait donc atteint en vertu des règles de l'enrichissement sans cause.

(1) Dig., liv. XLII, tit. VIII, fr. 6, § 11.

peu particulière d'une théorie plus vaste, celle de la responsabilité civile du tiers complice. C'est d'ailleurs vers cette idée que semblent tendre les auteurs qui, brisant le cadre trop étroit de l'action en nullité où on voulait en France emprisonner l'action paulienne, l'ont fait entrer dans le domaine des actions en indemnité. L'action paulienne, de l'aveu même de M. Planiol qui aujourd'hui est tenté de la considérer comme une action en nullité, « n'a pas cessé d'être une *action en indemnité*, naissant d'un *fait illicite* (1) », fait illicite qui consisterait à enlever au créancier les ressources sur lesquelles il peut compter pour obtenir l'exécution de l'obligation (2).

Ainsi entendue, l'action paulienne conserve « le caractère fondamental qu'elle a toujours eu d'après le principe de son institution » (3). Il ne faut pas oublier en effet qu'à Rome la *fraus creditorum* que réprimait l'action paulienne était considérée comme un délit ; si on poursuivait le tiers, c'était certainement comme complice d'un délit.

Seule cette manière de comprendre l'action paulienne peut, nous l'avons déjà indiqué, expliquer cette solution bien assise en jurisprudence que l'action ne doit réussir contre un sous-acquéreur que sous les conditions où elle aurait triomphé contre un premier acquéreur, seule elle permet d'éviter l'écueil auquel se heurte la théorie adverse : *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis.*

On n'a pu voir dans l'action paulienne une action en nullité qu'en faisant sortir la nullité du cadre que lui avait assigné la doctrine classique. « Dans la théorie classique, la

(1) Planiol, *Traité élémentaire*, t. II, n° 327, p. 116.
(2) Planiol, *ibid.*
(3) Planiol, *ibid.*

nullité est considérée comme *un certain état de l'acte* (1). » A cette « nullité—manière d'être (2)»,à cette « nullité—état objectif (3) » on a dû, pour édifier la théorie de l'action paulienne, action en nullité, mélanger des élément subjectifs. Au lieu d'une nullité frappant « aveuglément l'acte dès qu'une condition intrinsèque, requise pour sa validité, se trouve faire défaut (4) », nous voyons une nullité qui se préoccupe de conditions extrinsèques, de la bonne ou de la mauvaise foi des parties. Tout cela rappelle bien plus la notion de responsabilité civile que l'idée classique de nullité.

Ainsi s'explique la faveur croissante témoignée en ces dernières années en France (5) et, plus encore, à l'étranger (6) au système de l'action paulienne action en responsabilité. Admettons-en le bien-fondé. La fraude paulienne ne sera plus qu'une variété de celle qui d'une façon générale sert de base à la responsabilité civile du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle ; l'institution de l'action paulienne, loin d'être un obstacle à l'élabora-

(1) Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, th. Dijon, 1909, p. 271.

(2) Japiot, *op. cit.*, p. 273.

(3) Japiot, *op. cit.*, p. 275.

(4) Acher, *loc. cit.*, p. 108.

(5) En France, citons parmi les principaux défenseurs de l'idée d'action paulienne action en indemnité : MM. Huc, *Commentaire du Code civil*, t. VII, nos 217 et 229, et Acher, *Rev. trim.*, 1906, p. 85 sq. M. Planiol qui autrefois partageait cette opinion (*Rev. crit.*, 1882, p. 494) s'est aujourd'hui rapproché de la théorie classique. On a d'ailleurs vu par les quelques passages de son traité cités au texte qu'il n'avait pas pour autant complètement abandonné l'idée d'action en indemnité.

(6) V. en particulier : Kohler, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*,t. II, § 191, p. 525 sq. et surtout : *Leitfaden des deutschen Konkursrechts*, 1903, p. 124 sq.

tion de la théorie par nous proposée, en sera au contraire un contrefort.

Cette première objection écartée, on en découvre aisément une autre. On pourrait prétendre que dans la plupart des hypothèses envisagées, on rencontre en la personne du créancier lésé un droit plus fort qu'un droit personnel. Ce droit plus fort, au lieu de n'exister que contre une seule personne, le débiteur de l'obligation, s'imposerait au respect de plusieurs. La responsabilité du tiers s'expliquerait ainsi très simplement par le fait qu'il n'aurait pas respecté un droit qu'il était tenu de respecter.

Cette notion de droit plus fort qu'un droit personnel, nous l'avons trouvée à des doses diverses dans les hypothèses les plus variées. Parfois il s'agissait d'un prétendu droit réel parfait opposable à tous : ainsi en matière d'inaliénabilité, pour ceux qui la considèrent comme une indisponibilité réelle ; ainsi encore en matière de clauses de non-concurrence pour ceux qui prétendent en réprimer la violation par une action en concurrence déloyale conçue comme une action réelle. Les auteurs qui interprètent l'article 1141 du Code civil comme réalisant *erga omnes* le transfert de propriété mobilière par le seul consentement confèrent de même à l'acquéreur, dès l'instant de la convention, un droit de propriété opposable à tous. Dans d'autres cas ce droit présenterait un aspect moins absolu. Dans les aliénations immobilières, c'est un droit réel *inter partes* (1). Dès la conclusion du contrat, l'acheteur ou le donataire est

(1) M. Procès, *op. cit.*, p. 135, déclare cependant que le droit qui découle pour l'acheteur du contrat de vente « est à coup sûr d'un caractère mixte ».

devenu propriétaire vis-à-vis de son co-contractant ; il ne le deviendra au regard de tous que lorsqu'il aura rempli la formalité de la transcription. Plus atténué encore, ce droit se retrouverait dans le domaine des promesses de vente. Le bénéficiaire d'une promesse de vente deviendrait bien propriétaire comme s'il avait passé une vente véritable, mais son droit réel de propriété ne serait plus que conditionnel. Continuons à descendre cette sorte de gamme. Du droit réel, d'abord parfait, puis plus ou moins dégradé, passons au droit mixte. Cette théorie du droit mixte, nous l'avons rencontrée en matière d'aliénations mobilières. Certains auteurs allemands, on s'en souvient, au lieu d'accorder, conformément à notre doctrine classique, à l'acquéreur d'un meuble un droit réel opposable à tous dès le jour du contrat, expliquent notre article 1141 du Code civil en ne conférant à cet acquéreur qu'un droit mixte, opposable seulement aux tiers de mauvaise foi. Le locataire a parfois été gratifié d'un droit analogue. Il n'est pas jusque dans le domaine du débauchage où on ne pourrait à la rigueur découvrir dans le droit du patron poursuivant le tiers qui lui enlève son ouvrier une certaine nuance de réalité. Il ne faut pas oublier qu'en droit romain le maître avait sur son esclave un droit de propriété ; le lui prenait-on, il le revendiquait ; si aujourd'hui, le maître ou le patron n'a plus un droit de propriété sur son domestique, sur son ouvrier, ne pourrait-on pas lui reconnaître au moins un certain droit de puissance ? C'était là la conception de notre ancien droit ; il est indéniable qu'alors le maître avait sur son domestique plus qu'un simple droit personnel. Nous aurions aujourd'hui, pourrait-on dire, de façon d'ailleurs un peu subtile, sinon un droit plus fort qu'un droit personnel, tout au moins le souvenir d'un droit plus fort.

Ne faudrait-il pas former un faisceau de tous ces droits plus ou moins imprégnés de réalité, les grouper en une catégorie intermédiaire entre les droits réels et les droits personnels? Ce serait là imiter l'exemple de certaines législations étrangères. La législation prussienne, jusqu'à la promulgation du nouveau Code civil allemand, a utilisé le *Recht zur Sache* en vertu duquel, d'après la définition de Kohler (1), « quand la même chose a été vendue successivement à deux acheteurs, le second acheteur, à qui la chose doit être livrée, doit la retransférer au premier, si à l'époque de son achat il avait connaissance de la première vente ». Le droit anglais connaît depuis un certain temps une solution analogue. La *Court of Chancery* accorde du jour du contrat à l'acquéreur d'un immeuble, un *equitable estate*, intermédiaire entre le droit personnel et le *legal estate*, droit réel parfait, droit absolu de propriété. Le titulaire de cet *equitable estate* « risque d'être dépossédé par un acquéreur à titre onéreux de bonne foi à qui la propriété a été vendue par la fraude ou autre faute du propriétaire légal et apparent, mais sans aucune faute ni négligence de cet acquéreur » (2).

Pourrait-on établir également dans notre droit français une catégorie de droits mixtes, plus ou moins analogues aux droits réels et dont les effets se produiraient vis-à-vis des tiers ou tout au moins de certains tiers. Des auteurs étrangers l'ont tenté (3). Mais nous croyons qu'en groupant ces différents droits intermédiaires pour expliquer le recours d'un créancier contre un tiers on ne peut arriver à édifier

(1) Kohler, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, t. II, p. 15.

(2) Pollock, *A first book of jurisprudence*, 2e éd., 1904, p. 211.

(3) V. en particulier : Crome, *Französisches Privatrecht, Allgemeiner Theil*, 1892, p. 234 sq.

aucune théorie d'ensemble. Tous ces droits n'ont entre eux aucune homogénéité, il n'existe entre eux aucune communauté d'origine, les besoins auxquels ils répondent sont fort différents. On ne saurait, sans fausser la vérité historique, ramener dans tous les cas l'idée qui a présidé à leur élaboration au désir de procurer au créancier une situation meilleure. Sans doute, c'est bien cette pensée qui semble parfois avoir guidé les auteurs de ces constructions juridiques. Si les interprètes ont à une certaine époque conféré au preneur un droit mixte, leur intention était bien, nous l'avons dit, de protéger un premier locataire contre la concurrence d'un locataire postérieur. Le droit réel conditionnel reconnu au bénéficiaire d'une promesse de vente et l'indisponibilité réelle résultant d'une clause d'inaliénabilité n'ont également été imaginés que pour fortifier la situation du créancier. Mais, dans d'autres hypothèses, la préoccupation des juristes paraît avoir été tout autre. Le législateur, en décrétant le transfert de propriété immobilière parfait *inter partes* dès l'instant du contrat, ne s'est pas proposé de garantir l'acheteur contre les agissements du vendeur. Son seul but, en rédigeant l'article 1138 du Code civil aux termes duquel « l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes » a été, nous l'avons déjà indiqué, de mettre les risques à la charge du créancier, c'est-à-dire de l'acheteur, aussitôt après la passation de la vente. Les auteurs qui ont fait de l'action en concurrence déloyale une action réelle n'ont pas davantage obéi au désir d'assurer le respect des clauses de non-concurrence. La meilleure preuve nous en est fournie par les représentants les plus autorisés de cette théorie eux-mêmes qui déclarent très nettement ne pas faire tomber sous le coup de l'action en concurrence deloyale, telle qu'ils

la comprennent, les actes qui ne deviennent illicites que par suite d'un rapport contractuel intervenu entre concurrents (1). Ils ont seulement voulu protéger la propriété commerciale, c'est-à-dire les signes et marques de fabrique (2).

Mais laissons de côté ces cas où la création d'un droit plus fort qu'un droit personnel n'a pas eu pour but d'améliorer la situation du créancier. N'envisageons que ceux où c'est bien ce désir de protection qui a guidé les constructeurs. Il faut d'abord reconnaître que beaucoup de ces conceptions juridiques sont aujourd'hui, ou bien complètement abandonnées, ou bien en décadence. A l'heure actuelle, on ne soutient plus guère (3) que le locataire ait à sa disposition un droit mixte. Les auteurs qui font découler de la promesse de vente un droit réel conditionnel semblent devenir de plus en plus rares et les décisions judiciaires récentes désertent cette conception. Nous avons indiqué comment la théorie imaginée par M. Bartin sur l'obligation de ne pas aliéner paraît en voie de se substituer à l'ancienne théorie de l'indisponibilité réelle et a trouvé accès jusque dans l'enceinte de la Cour de cassation.

Tous ces efforts pour protéger le créancier n'étaient que des expédients (4), mal adaptés au rôle qu'on voulait leur faire jouer ; ils ont subi le sort de tous les expédients : la faveur dont ils ont joui a été toute temporaire. Mais le « bon germe » (5) qu'ils contenaient n'a pas été pour autant

(1) Giannini, *La concorrenza sleale*, p. 33.

(2) Giannini, *op. cit.*, p. 76.

(3) V. cep. trib. civ. Seine, 20 juin 1901, D. 1902.II.379.

(4) Cf. sur le caractère tout artificiel du *jus ad rem* : Heusler, *Institutionen des deutschen Privatrechts*, t. I, 1885, p. 381 sq.

(5) Cf. Kohler, *Lehrbuch*, t. II, p. 15 : « Le bon germe que contient le *Recht zur Sache*, on le retrouve dans le B. G. B. »

perdu ; le besoin auquel ils répondaient n'a pas été négligé, mais le remède en a été cherché dans des procédés juridiques meilleurs. Il semble que de plus en plus ces conceptions surannées disparaissent, pour, sur leurs ruines, laisser se dégager la théorie de la responsabilité civile du tiers complice (1).

L'objection provenant de l'existence au profit du créancier d'un droit plus fort qu'un simple droit personnel doit donc être écartée aussi bien que celle qu'on prétendait tirer d'une application extensive de l'action paulienne. Insistera-t-on en disant que les hypothèses envisagées s'expliquent, non point par quelque construction juridique particulière, mais par un phénomène de survivance historique ? Si, dans ces cas, le créancier peut atteindre un tiers qui lui cause un préjudice en aidant son débiteur à violer son contrat, c'est que la violation de ce contrat constituait autrefois un délit pénal. Or en matière pénale, il est admis sans difficulté que les complices sont responsables aussi bien au point de vue civil qu'au point de vue strictement pénal.

L'explication ne viserait du reste que certains cas spéciaux, l'hypothèse de double vente immobilière ou celle de débauchage.

Notre Code civil (art. 2059) qualifie encore de *stellionat* le fait de vendre « un immeuble dont on sait n'être pas propriétaire ». Celui qui traite avec un second acheteur sur un bien déjà aliéné une première fois vend un bien dont il n'est plus propriétaire, puisque vis-à-vis de son co-contractant il a perdu la propriété dès le jour du contrat. Les anciens auteurs avaient d'ailleurs soin de préciser qu'il y a stellionat

(1) Cf. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, t. II, 1905, p. 611, n. 13.

aussi bien dans cette hypothèse où le vendeur n'est plus propriétaire que dans celle où il ne l'a jamais été. « Le stellionat, dit en particulier Denisart (1), est un crime que commet celui qui vend une seconde fois l'immeuble qu'il avait précédemment vendu à une autre personne ou qui vend un immeuble qui ne lui appartient pas. » Or, dans notre ancien droit, le stellionat était puni pénalement. Le stellionataire était d'ordinaire condamné à une amende ou au bannissement ; lorsque son dol était particulièrement grave, il pouvait encourir le châtiment du fouet ou de l'amende honorable. Certaines coutumes, ainsi la coutume de Bretagne, se montraient encore plus sévères ; cette dernière édictait contre les stellionataires les mêmes peines que contre les faussaires, mais la rigueur de cette disposition n'était, paraît-il, pas observée (2). Même sous l'empire du Code civil, le stellionat n'était pas assimilé aux autres délits civils, quelque chose subsistait de son ancien caractère pénal. Jusqu'à la loi du 27 juillet 1867, le stellionataire était soumis à la contrainte par corps (art. 2059, C. civ.).

La rupture du louage de services était également autrefois punie dans certains cas de véritables peines. Boucher d'Argis (3) nous apprend que, si, en principe, les domestiques peuvent quitter librement (4) leur maître, cette règle n'est pas sans comporter des exceptions. C'est ainsi que, d'après

(1) Denisart, *Collection de jurisprudence*, 1771, V° *Stellionat*. Cf. Domat, *Lois civiles*, liv. I, tit. XVIII, sect. III, édit. Remy, 1835, t. I, p. 394.

(2) Merlin, *Rép.*, V° *Stellionat*.

(3) Article paru dans la *Grande Encyclopédie*, 1755, V° *Domestiques* (jurisp.).

(4) Nous ne nous plaçons ici qu'au point de vue pénal, ayant déjà précédemment examiné, dans le chapitre de notre 1re partie consacré au débauchage, le point de vue civil.

une ordonnance du 14 septembre 1720, il était « défendu à tous valets et domestiques, étant en service chez les officiers de la maison du roi et des maisons royales, et des conseils et ceux de la cour et suite de sa majesté, de quitter leur service sans le congé par écrit de leurs maîtres à peine de déchéance de ce qui leur sera dû de leurs gages, et d'être suivis et punis comme vagabonds ». Des peines analogues étaient édictées contre les « valets d'officiers d'armée » qui quittaient leur maître pendant une campagne ou contre ceux qui désertaient le service de certains établissements ou particuliers privilégiés (1).

Peut-on soutenir qu'aujourd'hui encore les complices d'un stellionat ou de la rupture d'un louage de services peuvent être actionnés en dommages-intérêts parce qu'autrefois ils se rendaient complices d'un délit pénal ? L'explication serait évidemment fort insuffisante, car on est bien obligé de reconnaître qu'aujourd'hui tout caractère pénal a disparu.

Toutefois l'idée est intéressante à retenir. S'il n'y a plus aujourd'hui dans ces hypothèses délit pénal, on ne voit pas pourquoi la disparition du délit pénal aurait entraîné la disparition du délit civil. Le législateur de 1804, en sanctionnant le stellionat au moyen de la contrainte par corps, affirmait bien la persistance de son caractère de délit civil. Aujourd'hui encore les auteurs n'hésitent pas à lui en donner le nom bien que la contrainte par corps soit, dans l'hypothèse, supprimée. Pourquoi réserver cette qualification de délit civil à ce « genre particulier de dol » (2) ? Ne faut-il pas

(1) Le roi accordait, paraît-il, dans certains cas à un maître la faveur de conserver ses domestiques jusqu'à ce qu'il leur ait donné un congé par écrit. « Il y a, nous dit Boucher d'Argis (*loc. cit.*), un exemple récent d'un semblable privilège accordé à celui qui a inventé une nouvelle manière d'élever les moutons. »

(2) Planiol, *Traité élémentaire*, t. II, n° 939.

dire d'une façon générale que le dol est un délit civil, que toutes les fois qu'un débiteur viole intentionnellement son obligation il commet un délit civil et que le tiers qui le pousse à rompre son engagement est responsable comme complice d'un délit civil ? Ce sont les questions que nous allons avoir à résoudre.

CHAPITRE II

FONDEMENT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DU TIERS COMPLICE

I. — La responsabilité du tiers est-elle contractuelle ou délictuelle ? Rejet de l'idée de responsabilité contractuelle. — Comment au contraire est admissible l'idée de responsabilité délictuelle. — Portée limitée de l'article 1165 du Code civil. — Division.

II. — Une partie peut-elle se prévaloir d'un contrat en vue d'obtenir d'un tiers la réparation d'un délit ? Solution affirmative. — Exemples tirés de la jurisprudence.

III. — Peut-on découvrir, à la charge du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle, un délit ?

1. — Théorie d'après laquelle le fait du tiers constituerait en lui-même un délit et entraînerait à sa charge une responsabilité délictuelle indépendante de celle du débiteur. — Son rôle en Allemagne dans l'interprétation du paragraphe 823, alinéa 1, B. G. B. Ses conséquences. — Objections théoriques. — Objections pratiques. — Son insuccès en Allemagne. — Son impuissance à expliquer les solutions admises en France.

2. — Théorie d'après laquelle le fait du tiers emprunterait son caractère de délit à celui du débiteur lui-même. — a) Réfutation de l'opinion d'après laquelle la violation d'une obligation contractuelle ne pourrait jamais constituer un délit ; b) Exagération de la thèse contraire suivant laquelle la violation d'une obligation constituerait toujours un délit ; c) Cas dans lesquels la violation d'une obligation contractuelle peut être érigée en délit. — Discussion relative à l'hypothèse d'inexécution dolosive. — Conclusion : l'inexécution dolosive constituant un délit entraîne, par application des principes, responsabilité civile à la charge du tiers complice.

Il est, dans la délicate matière de la responsabilité, matière fertile en discussions, hérissée de difficultés, un point

qui semble admis de façon à peu près unanime par les civilistes, c'est la distinction de la faute délictuelle et de la aute contractuelle. De l'aveu même de ses détracteurs, cette « idée a régné en souveraine sur toute la doctrine française depuis plus de cinquante ans... et les auteurs les plus récents s'y rattachent encore » (1). Nous aurons à revenir sur l'opinion dissidente qui a entrepris le « travail de Sisyphe » (2) de contester la valeur de ce véritable axiome juridique. Bornons-nous, pour l'instant, à constater que, d'après l'immense majorité de la doctrine, cette dualité de la responsabilité est, comme le disait, dans « un acte de foi raisonné » (3), l'un de ses représentants les plus autorisés, « l'A B C du droit » (4).

Admettons provisoirement cette idée, reconnaissons que la responsabilité civile peut avoir un double fondement délictuel ou contractuel. Quelle responsabilité mettrons-nous à la charge du tiers qui aide un débiteur à violer son obligation ? Ce tiers commet-il une faute contractuelle, est-il au contraire coupable d'une faute délictuelle ? L'étude de cette question sera pour nous l'occasion d'examiner sous un jour nouveau le problème fameux de la distinction des fautes, problème dont le centre de gravité semble à chaque instant se déplacer, naguère étudié surtout à l'occasion des accidents du travail, plus récemment envisagé à propos des clauses d'irresponsabilité dans le contrat de transport.

Peut-on mettre à la charge du tiers une responsabilité contractuelle ? C'est l'idée qui pour un profane vient immédiatement à l'esprit : le tiers a favorisé la violation d'un

(1) Planiol, *Traité*, t. II, n° 873.
(2) Labbé, note au S. 1886.IV.25.
(3) Labbé, *ibid.*
(4) Labbé, *ibid.*

contrat, il a commis une faute contractuelle. Mais cette idée ne peut soutenir l'examen. Contre cette solution proteste le principe posé dans l'article 1165 du Code civil : « Les conventions ne nuisent point au tiers. » Il y aurait une atteinte directe et certaine au droit des tiers si une responsabilité contractuelle pouvait naître à leur charge de la violation d'une obligation à laquelle ils ont été étrangers. Nombre de décisions judiciaires (1) ont eu l'occasion de le déclarer.

La responsabilité du tiers, si elle existe, ne peut être qu'une responsabilité délictuelle. Certains disent une responsabilité quasi-délictuelle. Mais cette distinction des délits et des quasi-délits ne semble plus aujourd'hui avoir grande utilité. Imitant le Code civil allemand, on tend à confondre le délit et le quasi-délit sous le terme générique d'actes illicites.

L'expression de quasi-délit, inventée assez maladroitement par les commentateurs du droit romain pour désigner certains faits particuliers qui ne présentaient d'ailleurs entre eux aucune ressemblance, n'a pas aujourd'hui en jurisprudence un sens bien précis (2). Il est vrai qu'en doctrine on a proposé de réserver la qualification de quasi-délit aux actes illicites commis par imprudence ou négligence, à ceux qui, à la différence des délits proprement dits, n'impliqueraient pas l'intention de nuire ; entendue en ce sens, l'expression faute quasi-délictuelle doit évidemment être écartée dans l'hypothèse qui nous occupe. Ce qu'on est tenté de reprocher au tiers, c'est d'avoir sciemment participé à la faute du débiteur, c'est d'avoir commis une faute délictuelle.

(1) V. en particulier : Cass. civ., 27 mai 1908, D. 1908.I.459 ; S. 1910.I.118.

(2) Planiol, *Traité*, t. II, nos 823 sq.

Cette faute délictuelle existe-t-elle ? L'article 1165 ne constitue plus ici *a priori* une fin de non-recevoir absolue. Il « ne signifie pas que l'acte juridique est légalement inexistant à l'égard des tiers, il faut au contraire poser en principe que la situation de droit créée par un acte a une existence objective, absolue, que l'acte peut, le cas échéant, être invoqué par un tiers ou lui être opposé » (1).

L'idée que la convention intervenue reste lettre morte aux yeux des tiers serait d'abord absolument inexacte lorsque cette convention a fait naître un droit réel. *Res inter alios acta aliis neque nocere, nèque prodesse potest*, répète-t-on souvent aujourd'hui encore ; mais en invoquant actuellement cet adage, il ne faut pas oublier l'évolution célèbre qui, au contrat romain exclusivement générateur d'obligation, a substitué dans bien des cas le contrat par lui seul translatif de propriété. Supposons avec l'opinion couramment admise, opinion que nous avons d'ailleurs repoussée, que la propriété des meubles corporels puisse se transférer *erga omnes* par le simple consentement. Voilà l'acquéreur devenu propriétaire, propriétaire vis-à-vis de tous par la seule vertu d'un contrat. Soutiendra-t-on que ce contrat n'a produit aucun effet au regard des tiers ? Supposons même une aliénation immobilière. La propriété est transférée seulement entre les parties ; mais est-il bien exact de prétendre que jusqu'à l'accomplissement de la transcription la convention non transcrite n'a pour les tiers aucune existence ? Comment concevoir cette convention inexistante qui produirait néanmoins des effets entre certaines personnes ? Ce serait là, suivant l'expression de Laurent, un sys-

(1) Juille, *Effet des actes juridiques à l'égard des tiers*, th.Lille, 1904, p. 167.

tème « illogique et incohérent » (1). Ne serait-il pas plus rationnel de décider que la convention, même non transcrite, existe à l'égard de tous, mais ne produit son effet translatif de propriété qu'entre les parties (2) ?

Même lorsque la convention est seulement créatrice d'un droit personnel, il ne faudrait pas croire qu'elle soit inexistante à l'égard des tiers. La jurisprudence, de ces dernières années surtout, nous offre à l'appui de cette affirmation plusieurs solutions intéressantes. Dans certains cas d'abord, elle admet qu'abstraction faite de toute idée de stipulation pour autrui, les tiers peuvent invoquer à leur profit une convention à laquelle ils sont demeurés étrangers.

Un arrêt de Rennes (3), en particulier, est arrivé sur ce point à une « conception très audacieuse, mais appelée, croit M. Demogue (4),à un grand avenir ». Un adjudicataire avait soumissionné la fourniture de sucre d'une certaine marque.Mais, au lieu de fournir cette marque, il avait livré, sans d'ailleurs aucune intention malveillante, du sucre d'une autre marque. La Cour de Rennes, à la date du 18 juin 1906, autorisa le propriétaire de la marque qui devait être fournie à réclamer à l'adjudicataire des dommages-intérêts. Tout en déclarant expressément ne pas faire appel à la théorie de la stipulation pour autrui, elle reconnaissait donc à un tiers le droit d'agir pour ce seul motif qu'un contrat qui devait lui profiter n'avait pas été exécuté.

La Cour de cassation belge, dans une espèce qui lui fut soumise le 27 mai 1909 (5) consacra, quoique plus timide-

(1) Laurent, *Principes*, t. XXIX, n° 158.
(2) Procès, *op. cit.*, p. 119.
(3) Rennes, 18 juin 1906, *La Loi*, 28 novembre 1906.
(4) *Rev. trim.*, 1907, p. 97.
(5) *Pas.*, 1909.I.272.

ment, une solution analogue. Un garde-chasse assuré avait été blessé. Le médecin qui le soigna réclama par une action *de in rem verso* le prix de ses services à la Compagnie auprès de laquelle le garde était assuré. La Cour suprême fit droit à cette prétention et en profita pour préciser le champ d'application de l'article 1165 du Code civil. « Si les conventions, dit l'arrêt, n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, ce principe ne règle que les droits et obligations qui découlent des contrats ; il ne met pas obstacle à ce que ceux qui y sont demeurés étrangers constatent l'existence de conventions avouées ou légalement prouvées et tirent argument du fait de cette existence, non pour réclamer à leur profit l'exécution des obligations qu'elles stipulent, mais pour en déduire, eu égard aux biens et aux droits qui en découlent, les conséquences favorables ou défavorables pour les parties que les événements ou les agissements des tiers ont entraînées pour elles. »

Les conventions peuvent donc parfois être invoquées par des tiers. Dans certains cas, les parties pourront à l'inverse se prévaloir de leurs conventions à l'égard des tiers. Cette solution est également proclamée par l'arrêt de Cassation belge précité. Cassant sur ce point le jugement du Tribunal de Gand qui, invoquant la règle *res inter alios acta..*, refusait à la société le droit d'opposer au médecin la clause du contrat d'assurance par laquelle elle se déclarait déchargée de tous les soins médicaux, la Cour décide « que toute la convention d'assurance constituait un contrat avenu entre personnes étrangères au présent litige, n'engendrant vis-à-vis d'elles ni droit, ni obligation, mais dont les clauses pouvaient être invoquées pour rechercher si les soins donnés par le défendeur avaient enrichi sans cause le patrimoine de la défenderesse ».

On le voit : l'article 1165 ne signifie pas du tout que les conventions sont inexistantes au regard des tiers. La règle *res inter alios acta...* ne constitue pas *a priori* un obstacle absolu empêchant un contractant d'exercer une action contre le tiers qui a aidé son co-contractant à violer son obligation.

Serrons la question de plus près : essayons de démontrer que, non seulement cette action dirigée contre le tiers complice n'est pas juridiquement impossible à concevoir, mais qu'elle est conforme aux principes, qu'elle s'impose aussi bien à celui qui se place sur le terrain de la théorie qu'à celui qui l'envisage au point de vue pratique, dans son développement jurisprudentiel.

Cette constatation préliminaire étant faite que la responsabilité du tiers, si elle existe, a nécessairement le caractère d'une responsabilité délictuelle, deux points sont à établir, le premier, c'est qu'une partie peut, nonobstant l'article 1165 du Code civil, invoquer son contrat en vue d'obtenir en son propre nom réparation des conséquences d'un délit, le second, qu'il existe dans l'hypothèse de complicité qui nous occupe, à la charge du tiers, un délit.

Et d'abord, une partie peut-elle, malgré la règle *res inter alios acta*, invoquer son contrat en vue d'obtenir en son propre nom réparation des conséquences d'un délit ?

A cette première question il semble que le droit romain déjà, au moins dans certains cas, répondait par l'affirmative. Un texte de Paul (1) nous en fournit la preuve : si un tiers détruit la chose qu'un débiteur avait promis de livrer à son créancier, l'opinion générale, nous dit Paul, donne au créancier l'action *de dolo* contre l'auteur du délit.

(1) Dig., liv. IV, tit. III, fr. 18, § 5.

L'hypothèse aujourd'hui a bien perdu de son intérêt. La convention de donner transférant la propriété, sinon à l'égard de tous, du moins entre les parties, le créancier, devenu immédiatement propriétaire, peut, sans difficulté, exercer en son nom propre l'action en responsabilité contre le tiers, auteur du délit.

Mais la question disparue sur ce terrain est réapparue sur d'autres.

C'est ainsi d'abord qu'elle s'est posée à propos d'un contrat d'indemnité joint à un marché de fournitures (1). Un contrat d'entretien à forfait avait été passé par la Ville de Paris avec la *Compagnie Parisienne d'éclairage par le gaz*. Aux termes de ce contrat, la compagnie prenait à sa charge toutes les dégradations qui pourraient survenir au matériel d'éclairage, propriété de la Ville, qui se trouvait sur la voie publique. La Compagnie d'éclairage se substitua pour l'exécution de ce contrat un sous-traitant. Un accident survint à un bec de gaz qui fut brisé par suite du choc d'une voiture. Le sous-traitant, obligé de réparer le dommage, exerça un recours contre le tiers par la faute duquel était survenu l'accident. Le tribunal de la Seine le débouta de sa demande, alléguant qu'il ne pouvait invoquer contre le tiers le contrat qu'il avait passé avec la Compagnie du Gaz, non plus que le contrat intervenu entre cette Compagnie et la Ville de Paris. Mais la Cour de cassation condamna cette solution. La Chambre civile décida que le demandeur « avait incontestablement intérêt à ce que le réverbère ne fût pas brisé, puisque le préjudice résultant de la dégradation devait retomber sur lui ; qu'ainsi, en sa qualité de partie lésée, il était recevable, en se fondant sur l'article 1382 du Code

(1) Cass., 4 mars 1902, S. 1902.1.224.

civil, à exiger, de la part du défendeur, la réparation du dommage qui lui était imputable ».

La matière des assurances offre une application plus ancienne et plus connue de cette idée. C'est une question fort classique que celle de savoir si une compagnie d'assurances peut agir directement contre le tiers qui, par sa faute, a amené la réalisation du risque garanti par la compagnie. Jusqu'à ces dernières années la jurisprudence et la doctrine admettaient de façon à peu près unanime, dans une mesure d'ailleurs variable (1), le recours de la compagnie contre le tiers, auteur du sinistre (2). En ces derniers temps, il est vrai, certaines décisions de la pratique, en matière d'assurances sur la vie, se sont prononcées en sens contraire (3) ; quelques auteurs ont cru y voir l'indice d'un revirement complet (4). C'est là, à notre sens, une conclusion à tout le moins exagérée. Si nos tribunaux ont refusé à des compagnies d'assurances sur la vie le droit d'agir directement contre le tiers responsable du décès de l'assuré, ce n'est pas qu'ils aient voulu « secouer le joug de la tradition » (5), c'est seulement qu'ils ont compris les raisons

(1) Certains, ainsi M. Pannier (*Des droits de l'assureur contre les tiers responsables de la réalisation du risque*, Th. Paris, 1906, p. 64), ne permettent pas à l'assureur d'exercer de son chef un recours plus étendu que celui qu'aurait pu exercer l'assuré. D'autres correctifs ont encore été proposés par d'autres auteurs (V. de Rive, *Du recours des compagnies d'assurances contre les tiers responsables d'un sinistre*, Th. Paris, 1908, p. 67 sq.).

(2) V. Pannier, *op. cit.*, p. 35 sq. ; cf. de Rive, *op. cit.*, p. 58 sq.

(3) Amiens, 4 décembre 1902, S. 1903.II.257 ; Paris, 27 mars 1903, S. 1903.II.257 ; Trib. civ. Nice, 8 novembre 1905, *Gaz. Pal.*, 29 décembre 1905.

(4) V. en particulier : Capitant, *Du recours soit de l'assureur, soit de l'assuré contre le tiers qui, par sa faute, a amené la réalisation du risque prévu au contrat d'assurance*, *Rev. trim.*, 1906, p. 37 sq.

(5) Capitant, *loc. cit.*, p. 45.

particulières qui, pour les assurances sur la vie, rendaient injuste et choquante la solution traditionnelle. Dans les assurances sur la vie en effet, il n'y a aucune corrélation entre le montant de l'assurance et la valeur — si on ose ainsi parler — de la personne assurée. Il serait rigoureux de condamner un tiers au paiement d'une somme peut-être exorbitante, arbitrairement fixée par une police qu'il ignore. Mais, si la jurisprudence a ainsi tempéré et corrigé son système, il n'en reste pas moins vrai de dire qu'aujourd'hui encore, d'après l'opinion courante, une partie, dans l'espèce un assureur, peut, pour obtenir la réparation d'un délit, invoquer contre un tiers un contrat auquel il est resté étranger. L'article 1165 du Code civil ne fait pas obstacle à cette solution, parce que, comme le fait très justement observer M. Wahl (1), « placé sous la rubrique : *De l'effet des conventions*, il interdit de réclamer aux tiers l'exécution de l'une des obligations résultant du contrat comme il interdit aux tiers de réclamer eux-mêmes cette exécution ; mais il n'interdit pas à une personne que le fait d'un tiers contraint à exécuter ce contrat de demander au tiers la réparation du préjudice dont elle souffre par cette exécution ; cette demande ne tend pas à faire produire au contrat lui-même un effet vis-à-vis du tiers, mais à obtenir de ce tiers la réparation d'un préjudice ».

Une partie peut se prévaloir d'une convention qu'elle a passée pour réclamer à un tiers des dommages-intérêts fon-

(1) Note sous Amiens précité, S. 1903.II.257 ; V. cependant cette opinion critiquée par Valeri, note sous Trib. Rome, 17 février 1908, *Rivista di diritto commerciale*, 1909.II.216 sq., surtout p. 223. V. aussi Crémieu, note sous Paris, 3 mars 1909, S. 1910.II.57.

dés sur un délit commis par ce tiers : tel était, on s'en souvient, le premier point de notre démonstration; ce point, nous le considérons désormais comme acquis. Pour justifier le recours du créancier contre le tiers qui a aidé son débiteur à violer son contrat, nous n'avons plus qu'une chose à prouver : à savoir que ce tiers, en favorisant l'inexécution de l'obligation du débiteur, a commis un délit.

Pour parvenir à cette dernière solution, deux voies peuvent être suivies. On peut songer d'abord à mettre à la charge du tiers une responsabilité délictuelle propre et indépendante ; on peut au contraire prétendre que la seule responsabilité qui le menace est une responsabilité d'emprunt, calquée sur la responsabilité encourue par le débiteur lui-même.

De ces deux idées, laquelle faut-il préférer ?

La première consiste à dire qu'un tiers, toutes les fois qu'il parvient à porter atteinte à un rapport d'obligation, commet un délit, un délit pouvant résulter aussi bien de la violation d'un droit relatif tel qu'un droit d'obligation que de celle d'un droit absolu tel qu'un droit de propriété. C'est une opinion qui en Allemagne a recueilli certains suffrages. Longtemps avant la promulgation du nouveau Code civil, elle avait déjà été défendue (1); après sa promulgation, elle a trouvé dans l'interprétation du paragraphe 823, al. 1^er^, B. G. B. l'occasion de s'affirmer et de se préciser. Le paragraphe 823, al. 1^er^, B.G.B. ayant en matière de responsabilité délictuelle posé la règle que « celui qui, à dessein ou par négligence, porte illégalement atteinte au corps, à la vie, à la santé, à la liberté, à la propriété ou à *tout autre*

(1) Neuner, critiqué par Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878, p. 210.

droit d'une autre personne, est tenu envers cette dernière à la réparation du préjudice causé », on s'est demandé si sous cette expression : *tout autre droit*, *sonstiges Recht*, il fallait englober même les droits d'obligation. Une fraction importante de la doctrine allemande résout la question par l'affirmative.

Examinons d'abord les conséquences du système, nous rechercherons ensuite s'il répond aux exigences de la théorie et aux indications de la pratique.

Pour définir la portée générale du système, deux observations suffiront : la première, c'est qu'à en croire les partisans de cette opinion, l'hypothèse de complicité ne serait pas la seule où pourrait être engagée pour violation d'un droit d'obligation la responsabilité d'un tiers. Elle ne serait qu'un cas entre plusieurs autres, plusieurs autres sur l'énumération desquels les partisans de cette doctrine sont d'ailleurs fort loin d'être d'accord.

Suivant les uns, la violation d'un droit d'obligation par un tiers serait une chose fréquente et des plus faciles à imaginer. Serait responsable comme ayant porté atteinte à un rapport contractuel celui qui aurait détruit la chose formant l'objet de l'obligation, celui qui aurait supprimé le titre, l'écrit constatant l'obligation et même, aux yeux de certains, celui qui, en causant la mort du débiteur, l'aurait empêché d'exécuter la prestation dont il était tenu vis-à-vis de son créancier, celui qui, par exemple, en assassinant un facteur des postes, l'aurait empêché d'accomplir sa tournée quotidienne et par suite l'aurait mis dans l'impossibilité d'exécuter l'engagement qu'il avait pris vis-à-vis de l'administration postale (1).

(1) Wollburg, *Fallen Forderungsrechte unter den Begriff « sonstiges Recht » im* § 823, *B.G.B.*, Inaug.-Diss.,Rostock, 1904, p. 12.

Mais la plupart des auteurs, avec raison, semble-t-il, refusent de voir là des cas de responsabilité fondée sur la violation d'une obligation contractuelle. Le délit, disent-ils, en pareille hypothèse, ne consiste pas dans une atteinte portée à un droit relatif d'obligation, il naît de la lésion d'un droit absolu : droit de propriété portant sur l'objet de l'obligation ou sur le titre qui la constate, droit de l'individu sur son propre corps. La seule question qui puisse faire difficulté, c'est celle de savoir si, se prévalant du contrat, par lui passé, le créancier a le droit de demander en son nom propre réparation du dommage que par contre-coup lui cause la perte de l'objet ou du titre de l'obligation ou encore la mort du débiteur. Question différente de celle qui maintenant nous occupe, que nous avons déjà par avance examinée et sur laquelle nous n'avons plus à revenir.

La complicité, d'après ce système, ne serait donc qu'une hypothèse au milieu d'autres où un tiers pourrait être poursuivi pour violation d'un lien d'obligation. Mais, ceci reconnu *en droit*, il faut bien avouer qu'*en fait* la violation d'un droit d'obligation par un tiers, même pour ceux qui posent en principe que l'atteinte à un droit relatif doit être érigée en délit aussi bien que l'atteinte à un droit absolu, ne peut avoir qu'un caractère fort exceptionnel. Par sa nature même, le rapport d'obligation, étant un lien entre deux personnes, n'offre, pour ainsi dire, pas de prise aux atteintes des tiers. C'est ce qui explique qu'à côté des cas de complicité, ceux des auteurs allemands qui refusent de voir une violation d'obligation dans les hypothèses que nous venons de signaler et d'écarter, ne trouvent guère à citer comme autres applications du même système de responsabilité que certains cas spéciaux où, grâce au jeu de principes juridi-

ques particuliers,un tiers se trouve en état de léser un droit d'obligation (1).

Sans nous inquiéter des cas qu'il est permis de découvrir sur le terrain du droit allemand, examinons rapidement en droit français à quelles conclusions l'idée pourrait nous conduire.

Elle nous amènerait d'abord, semble-t-il, à multiplier les cas de responsabilité du tiers. Ainsi prenons pour exemple les aliénations d'immeubles. Supposons qu'après une première aliénation,non transcrite,l'aliénateur vienne à mourir. Son héritier, de bonne foi, aliène l'immeuble au profit d'un tiers, qui, lui, connaissait ou du moins soupçonnait, aurait pu connaître, la première aliénation.Ce tiers transcrit l'aliénation à lui consentie et empêche ainsi l'héritier d'exécuter vis-à-vis du premier acquéreur l'obligation contractée par son auteur. Ce tiers, qui, par sa faute, aura mis obstacle à l'exécution d'une obligation devra être considéré comme ayant commis un délit, comme tenu par conséquent d'une responsabilité délictuelle. Un premier caractère de la responsabilité telle que l'entendent les partisans de ce système, de cette responsabilité conçue comme indépendante de celle du débiteur, c'est donc qu'elle n'exige pas nécessairement un concert frauduleux entre le débiteur et le tiers et même qu'elle n'implique pas à la charge du tiers responsable la

(1) Certains auteurs allemands, ainsi Crome, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, t. II, 1902, § 325, n° 4b, p. 1020, indiquent par exemple le cas suivant : un héritier apparent de mauvaise foi, muni de l'*Erbschein*, dispose de créances de la succession au profit de tiers de bonne foi ; le véritable héritier, se fondant sur le § 823 B.G.B., pourra plus tard lui demander réparation du dommage que par cette aliénation il lui a causé. Cf. Planck, *Kommentar,* sur le § 823 B.G.B., t. II, p. 608.

preuve d'un dol. La responsabilité du tiers pourrait être engagée pour violation d'une obligation contractuelle en dehors de tout concert frauduleux, alors même que ce tiers aurait commis une simple faute, une simple négligence (1).

Une seconde conséquence du même système, c'est que, dans l'hypothèse de complicité, la responsabilité du tiers n'aurait pas forcément le même caractère que celle du débiteur. Sans doute, si on admet que la violation d'un droit d'obligation par un tiers constitue un délit, on est assez porté à déclarer que la même violation, lorsqu'elle émane du débiteur, constitue également un délit : on est tenté de dire qu'à côté, ou même à la place d'une responsabilité contractuelle, le débiteur encourt une responsabilité délictuelle. Mais entre ces deux solutions il n'y a pas corrélation nécessaire ; la meilleure preuve en est qu'en Allemagne nous trouvons des auteurs (2), qui, tout en acceptant l'application du paragraphe 823, al. 1er, B. G. B. lorsqu'il s'agit de violation d'une obligation par un tiers, l'écartent au contraire quand il est question d'une violation imputable au débiteur lui-même. En d'autres termes, dans l'hypothèse de complicité, on pourrait avec ce système imaginer deux responsabilités différentes qui coexistent : l'une exclusivement contractuelle à la charge du débiteur, l'autre exclusivement délictuelle à la charge du tiers.

Voilà, stylisé dans quelques-unes de ses conséquences, le système de la responsabilité autonome du tiers. Quelle valeur faut-il lui reconnaître ? A première vue, il paraît assez séduisant. Il semble qu'en sa faveur, il soit permis d'invo-

(1) Cf. Windscheid-Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 8e éd., t. II, § 264, p. 86.

(2) Lehmann, *Die positiven Vertragsverletzungen*, *Archiv für die civilistische Praxis*, t. 96, 1904, p. 79.

quer cette évolution bien connue et souvent tracée qui, par degrés, a transformé l'obligation, jadis conçue comme un droit du créancier sur la personne du débiteur, en une valeur patrimoniale ayant, à l'égal des choses corporelles, son existence au regard de tous et son droit au respect de tous. Mais il y a là, croyons-nous, pour une large part, un mirage. Ne nous laissons point abuser. Aujourd'hui comme autrefois, l'obligation reste un droit relatif, un droit du créancier vis-à-vis du débiteur, un droit qui, pour cette raison, comme on l'a dit au cours des travaux préparatoires du Code civil allemand (1), « ne peut être violé que par le débiteur ». Ce n'est donc pas seulement un obstacle de fait qui s'oppose à la responsabilité du tiers, c'est un obstacle de droit.

Cet obstacle de droit, on peut, si on veut, le considérer chez nous comme s'exprimant dans la formule de l'article 1165 du Code civil : « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes. » Cette disposition, nous l'avons constaté, ne signifie pas que les conventions sont inexistantes à l'égard des tiers. Elle signifie, c'est un premier sens que nous lui avons vu reconnaître, que les parties ne peuvent pas, par une convention particulière, conférer à un tiers un droit ou créer à sa charge une obligation. En ce premier sens, elle a une portée tout à fait générale : elle s'applique aussi bien en matière de droits réels qu'en matière de droits d'obligation. Mais, à côté de ce premier sens, on lui en prête volontiers un second, un second qui s'expliquerait historiquement. L'article 1165, qui en cette nouvelle acception devrait se restreindre au domaine des droits personnels, exprimerait, en même temps que la portée néces-

(1) *Motive*, t. II, p. 727.

sairement limitée des conventions, le caractère tout relatif des obligations que peut engendrer la convention elle-même. Le législateur aurait confondu les deux idées, vraisemblablement en souvenir du temps où les droits réels, se créant et se transférant par des modes distincts comme il arrivait jadis en droit romain, les conventions n'avaient pour fonction que de créer des obligations, de telle sorte que la portée relative de la convention créatrice et la portée relative de l'obligation créée, pour ainsi dire, allaient de pair et même, jusqu'à un certain point, ne se distinguaient pas l'une de l'autre.

Peu importe d'ailleurs que l'idée rentre ou ne rentre pas dans la formule de l'article 1165 du Code civil. Le caractère relatif de l'obligation n'en doit pas moins être considéré comme un principe certain. Il semble bien qu'il n'y ait pas faute, pas plus délictuelle que contractuelle, à manquer à un devoir dont on n'est pas tenu. Décider le contraire, ce serait fausser la notion d'obligation, lui reconnaître au lieu d'un caractère relatif un caractère absolu, faire passer le droit d'obligation, sinon dans la catégorie des droits réels, du moins dans celle des droits mixtes.

A cette critique d'ordre général on peut, tout en se maintenant sur le terrain de la théorie, en ajouter une seconde, celle-ci plus spéciale au droit français. Il est de principe chez nous, c'est là du moins l'idée qui, à tort ou à raison, domine notre législation pénale, que la responsabilité du complice n'est qu'une responsabilité d'emprunt qui doit se modeler sur celle de l'auteur principal. Comment concilierait-on avec ce principe du droit français la solution d'après laquelle le tiers complice pourrait être tenu d'une responsabilité qui ne refléterait pas celle du débiteur, auteur principal du dommage? Comment expliquerait-on qu'on relevât

à la charge du tiers une responsabilité purement délictuelle, à la charge du débiteur une responsabilité purement contractuelle ? C'est là une solution qu'on ne saurait accepter qu'à la condition de fonder la théorie de la complicité sur des principes tout différents, d'admettre, ainsi que le font plusieurs législations étrangères, la notion de la complicité délit distinct. Sans doute, on pourrait concevoir que le droit civil ouvrît ici les voies au droit pénal ; les civilistes, ayant dans l'interprétation des textes une liberté beaucoup plus large que les criminalistes, traceraient la marche à suivre au législateur pénal de l'avenir. Et c'était là peut-être l'idée qui secrètement inspirait M. Demogue (1), lorsque, à propos d'un arrêt récent, étudiant la responsabilité civile du tiers complice, il déclarait qu' « on pourrait la qualifier sans hésitation de complicité constituant un délit distinct ». Mais serait-il de sage méthode juridique de rompre ainsi avec les principes du droit pénal en une matière où le droit civil a, comme nous le verrons, tant besoin de son appui ? Qu'il nous soit permis d'en douter !

N'insistons pas sur ces critiques d'ordre théorique ; arrivons aux objections que nous fournit la pratique.

Le système que nous combattons a, au point de vue pratique, pour premier défaut, d'étendre, dans une mesure d'ailleurs incertaine et difficile à préciser, la responsabilité des tiers. En les rendant dans certains cas responsables non seulement de leur fraude ou de leur dol, mais de leur simple faute, il fait peser sur leur tête un péril trop grave, il restreint à l'excès leur liberté d'action, il traite, contre toute justice, aussi durement les tiers qui n'ont pas contracté que les parties qui ont contracté.

(1) *Rev. trim.*, 1905, p. 331.

Bien plus : il les traite à certains égards plus durement ; car, c'est là un autre argument à faire valoir à l'encontre de ce système, tandis que le débiteur n'est tenu que d'un certain degré de diligence, degré qui, on le sait, dépend de la volonté des parties et, à défaut de volonté formellement exprimée, de la nature du contrat, le tiers responsable délictuellement, par application des principes traditionnels qui régissent la faute aquilienne, serait toujours responsable de la faute la plus légère, même dans le cas où le débiteur ne répondrait que de sa faute lourde.

Et puis, autre injustice encore, aux termes de l'article 1150 du Code civil, « le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée ». Le tiers au contraire, responsable en vertu de l'article 1382 du Code civil, serait toujours et dans tous les cas obligé à la réparation intégrale du préjudice.

Qu'on l'envisage du point de vue de la théorie ou qu'on le juge du côté de la pratique, le système paraît donc défectueux.

En Allemagne, il semble bien avoir échoué. Après discussion la majorité de la doctrine (1) paraît aujourd'hui s'y montrer hostile (2). La jurisprudence, dans les rares occasions qu'elle a eues d'émettre à cet égard une opinion, l'a énergiquement répudié. La question s'est posée en 1904 devant le *Reichsgericht* (3). Il s'agissait de savoir si un fer-

(1) V. un relevé très complet des opinions des auteurs dans Wollburg, *op. cit.*, p. 47-49, et aussi dans l'arrêt du *Reichsgericht* cité *infrà*.

(2) Titze, *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, t. LVII, 1905, p. 447.

(3) *Reichsgericht*, 29 février 1904, *Entscheidungen des Reichsgerichts*, t. LVII, n° 79, p. 353, Seuffert, *Archiv*, 1905, p. 394.

mier pouvait, par application du paragraphe 823, alinéa 1, B. G. B., réclamer des dommages-intérêts à un tiers qui avait empêché ses bailleurs de remplir une obligation découlant du contrat de bail, obligation de transmettre à l'époque convenue au demandeur une partie de la ferme, occupée par certaines installations du défendeur. Le *Reichsgericht*, après avoir consciencieusement analysé la doctrine, nommé les auteurs qui sur la question admettent l'affirmative et ceux qui professent la négative, conclut en rejetant les prétentions du fermier. « Les droits d'obligation, dit-il, ne peuvent pas être rangés parmi les *sonstige Rechte* du paragraphe 823. Tandis que le droit réel, droit absolu, a effet vis-à-vis de tous, que chacun doit le respecter, l'obligation n'enchaîne qu'une personne déterminée... Le créancier n'a de droits que vis-à-vis de son co-contractant, ses droits ne s'imposent pas au respect d'un tiers (1). »

(1) Le *Reichsgericht* ajoute : « C'est seulement au cas et dans la mesure où le tiers porterait atteinte à des droits qui n'auraient pas leur fondement dans le contrat qu'il commettrait un acte illicite [ainsi au cas où il détruirait l'objet de l'obligation : qu'il y ait dans cette hypothèse un délit, tout le monde sur ce point paraît d'accord], mais ce délit ne peut pas être invoqué par le créancier, il ne peut l'être que par celui à qui appartient le droit lésé sans qu'on puisse avoir égard au contrat » [ainsi, dans l'hypothèse que nous prenions ci-dessus comme exemple, au propriétaire de la chose détruite. Sur ce point, nous ne partageons pas, on le sait, l'opinion du *Reichsgericht*. Comme nous avons essayé de l'établir dans la première partie de notre démonstration, une personne, partie à un contrat, peut se prévaloir de ce contrat pour agir de son chef en réparation d'un délit. D'où spécialement cette conséquence que le créancier, invoquant son contrat, pourrait agir en responsabilité contre le tiers qui aurait détruit l'objet de l'obligation. C'est bien au surplus la solution que semblaient imposer les travaux préparatoires du B.G.B. lui-même. Dans l'hypothèse de destruction d'une chose faisant l'objet d'un droit de créance, ils paraissent bien conférer l'action en dommages-intérêts au créancier. « *Wohl kann auch ein Dritter, wenn er in die obligatorischen Rechte*

Quelques années auparavant, dans une espèce toute différente, l'*Oberlandesgericht* de Kœnigsberg (1) avait déjà donné une solution identique.

En France, l'idée qu'un tiers, pour une simple négligence, pourrait être rendu responsable du dommage causé par la violation d'une obligation paraît encore plus étrangère aux conceptions de la pratique. La jurisprudence, nous l'avons à maintes reprises constaté, sous des formes variées, cherche toujours à découvrir comme base de la responsabilité du tiers une fraude, une collusion intervenue avec un débiteur qui lui-même viole intentionnellement son obligation.

Il n'est guère qu'un point sur lequel nous ayons eu à enregistrer au passage certaines hésitations et certains doutes. En matière de cession de créance nous avons vu la jurisprudence et avec elle des représentants éminents de la doctrine s'écarter de l'idée d'après laquelle le concert frauduleux serait dans tous les cas exigé, se contenter comme fondement de la responsabilité du tiers d'une simple faute d'imprudence. Ne pourrait-on pas tirer argument en faveur du système que nous critiquons de cette idée mise en avant avec quelques réserves dans cette hypothèse spéciale ? Il y a là un point curieux et qu'il est intéressant d'éclaircir.

La cession de créance nous met en présence d'une situation juridique toute particulière et dans laquelle il faut se garder d'une confusion qui, peut-être, jusqu'à un certain degré, explique l'embarras qu'ont éprouvé en pareille matière la jurisprudence et la doctrine.

eines anderen schädigend eingreift (z. B. durch Zerstörung des Gegenstandes) dem anderen zum Schadenersatz verpflichtet werden, aber nur wenn seine Handlung aus einem anderen Grunde als wegen der Schädigung des obligatorischen Rechts als eine widerrechtliche sich darstellt » (*Motive*, t. II, p. 271).]

(1) *Oberlandesgericht* de Kœnigsberg, 11 janvier 1900, Seuffert, *Archiv*, t. LXIII, 1908, p. 298, n° 173.

Prenons pour mieux préciser les idées un exemple : Primus cède à Secundus la créance qu'il a contre Tertius ; Secundus néglige de remplir les formalités de l'article 1690 du Code civil ; sur ces entrefaites, Primus aliène à nouveau la créance au profit de Quartus. Quartus, plus diligent que Secundus, s'empresse de faire signifier au débiteur Tertius la cession intervenue à son profit. En procédant à cette signification, Quartus, qui s'attribue *erga omnes* la qualité de cessionnaire, porte atteinte à l'obligation précédemment contractée par Primus, son cédant, vis-à-vis de Secundus, premier cessionnaire. C'est la violation de l'obligation telle que nous l'avons rencontrée dans d'autres domaines, ainsi en particulier en matière d'obligation de donner portant sur un immeuble au cas où un second acquéreur, transcrivant le premier, met obstacle à l'exécution d'une première vente. Et c'est en ce qui touche cette violation d'obligation que nous avons personnellement défendu l'idée d'après laquelle, là comme ailleurs, le concert frauduleux serait la condition indispensable de la responsabilité civile du tiers vis-à-vis du créancier lésé.

Mais, à côté de cette violation d'obligation, on peut en matière de cession de créance prendre en considération une violation d'obligation d'autre sorte, plus exactement une destruction d'obligation, et, relativement à cette destruction d'obligation, il n'est pas certain que les mêmes principes doivent nécessairement s'appliquer. Supposons, en reprenant l'exemple précédent, que le second cessionnaire Quartus, après avoir régulièrement signifié le transport à lui consenti, ait touché le montant de la créance entre les mains du débiteur Tertius. Il a ainsi détruit la créance faisant l'objet de la cession, la créance de Primus contre Tertius. N'est-on pas alors autorisé à prétendre qu'il doit répondre vis-à-vis

du cessionnaire Secundus même de sa simple négligence de la même façon qu'un tiers qui aurait détruit la chose matérielle quelconque faisant l'objet d'un droit de créance ?

Ce raisonnement, raisonnement un peu subtil, nous le reconnaissons, contiendrait, croyons-nous, une part seulement de vérité. Il est évident que l'obligation, lorsqu'elle fait l'objet d'une cession, perd à certains égards ce caractère de lien strictement personnel, qui, aux yeux des juristes de l'ancienne Rome, mettait précisément obstacle à la possibilité de la cession ; elle devient une valeur qui circule de patrimoine en patrimoine ; pour nous servir d'une locution peut-être vicieuse, mais fréquemment employée, elle est un objet de *propriété*. Sa destruction, comme celle d'un objet quelconque, peut donc être érigée en délit. Mais, tout en faisant cette constatation, nous ne maintenons pas moins cette idée que, dans l'hypothèse précédemment envisagée, Quartus n'est responsable que de sa fraude, non de sa simple négligence. Avant de décider du point de savoir si, en détruisant l'obligation cédée, Quartus a commis un délit, il faut déterminer qui, de Secundus ou de Quartus, doit être considéré comme propriétaire de cette créance. Or, dans le système que nous croyons exact et que nous allons bientôt nous efforcer de justifier, nous considérons que Quartus, en acquérant en dehors de toute fraude la créance à lui cédée par Primus, en est devenu légitime propriétaire, alors même qu'il aurait commis dans son acquisition une imprudence. Quartus, devenu légitime propriétaire, n'a encouru aucune responsabilité en détruisant sa propre chose, c'est-à-dire en touchant le montant de la créance qui lui appartenait.

On le voit : la théorie qui, pour atteindre le tiers, se contente en matière de cession de créance de relever à son encontre une simple négligence nous semble avoir commis

une véritable méprise, reposant sur une analyse un peu superficielle du mécanisme même de la cession de créance. On n'en saurait, à notre sens, tirer aucun argument en faveur du système que nous avons combattu.

La responsabilité du tiers qui aide un débiteur à violer son obligation n'est donc pas une responsabilité propre. Si elle existe, elle ne peut être qu'une responsabilité d'emprunt, modelée sur la responsabilité du débiteur lui-même. Cette responsabilité du tiers d'autre part, nous l'avons également démontré, ne peut avoir qu'un caractère délictuel. Mais, pour qu'en la personne du tiers vienne ainsi se refléter une responsabilité délictuelle, il faut d'abord que cette responsabilité délictuelle existe à la charge du débiteur.

Le débiteur qui n'exécute pas l'engagement qu'il a contracté commet-il, au moins dans certains cas, une faute délictuelle ? Certains auteurs l'ont parfois nié (1). Quelques-uns ont prétendu que la responsabilité du débiteur était toujours et forcément une responsabilité exclusivement contractuelle. Le débiteur, quelle que soit la gravité de la faute qu'il a commise, eût-il commis dans l'exécution de son contrat un véritable crime, ne sera tenu au point de vue civil que d'une responsabilité contractuelle. Supposez un locataire qui incendie la maison qu'il a louée, supposez même un hôtelier qui empoisonne son client, le locataire, l'hôtelier n'auront commis qu'une faute contractuelle. Dès qu'un contrat existe entre deux personnes, toutes les fois du moins que le fait générateur de responsabilité peut être considéré comme une atteinte au contrat (2), leur responsabilité est purement contractuelle.

(1) V. par exemple : Gabba, *Nuove questioni di diritto civile*, t. I, 1905, p. 277 sq. ; Titze, *loc. cit.*

(2) Il ne faudrait pas croire, en effet, que toutes les fois que deux per-

A l'appui de cette théorie, qui dans ces dernières années a paru recueillir un certain nombre d'adhésions, on invoque d'abord un argument théorique. De droit commun, les rapports des individus entre eux sont régis par la loi, œuvre du législateur, *lex generalis*, mais lorsque deux personnes passent un contrat, à cette loi générale elles substituent une loi particulière, *lex specialis*, qui, désormais réglera leur situation respective et fera échec à l'application de la loi générale. En effet, d'après un principe juridique souvent répété, *lex specialis generali derogat.*

A cet argument théorique, on ajoute un argument de texte. La plupart des législations modernes contiennent deux séries de dispositions parallèles, les unes relatives aux dommages-intérêts qui résultent de la violation d'un rapport contractuel, les autres qui visent la réparation due en dehors de tout rapport contractuel. C'est ainsi que dans notre Code civil les articles 1146-1155 se préoccupent, dit l'intitulé de la section, « des dommages-intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation », tandis que les « engagements qui se forment sans convention » sont régis par les articles 1370 et suiv. En morcelant ainsi la théorie de la responsabilité civile, le législateur, assure-t-on, a manifesté son intention de séparer nettement les deux domaines, d'exclure en matière contractuelle toute règle empruntée à la responsabilité délictuelle.

sonnes sont unies par un lien contractuel, tout dommage causé par l'une au détriment de l'autre constituât nécessairement une faute contractuelle. Si par exemple un propriétaire et un locataire se disputent, fût-ce à propos de certaines clauses du contrat de bail, et que le locataire précipite son propriétaire en bas de l'escalier et le blesse, tout le monde reconnaît qu'il y aura là faute délictuelle (Rumpf, *Die Teilnahme an unerlaubten Handlungen nach dem B. G. B.*, Inaug. Diss. Göttingen, 1904, p. 76).

Enfin on invoque une raison pratique. A quoi bon cette superfétation ? Pourquoi donner au créancier une action délictuelle alors qu'il tient déjà de son contrat une action contractuelle ? Accorder cumulativement les deux actions, ce serait méconnaître la loi d'économie des moyens mise en lumière par de Jhering. « Le créancier, dit spirituellement M. Rumpf (1), trouve aujourd'hui dans la responsabilité contractuelle un habit qui lui va bien, pourquoi encore jeter un manteau par dessus » ? D'ailleurs, poursuit-on, cette adjonction de la responsabilité délictuelle n'est pas seulement inutile, elle est dangereuse et contraire à l'intention des parties. Si celles-ci ont passé entre elles un contrat, c'est, nous l'avons dit, pour modifier la situation qui résultait pour elles de la loi. Faire néanmoins appel à la responsabilité délictuelle, c'est arbitrairement et abusivement leur imposer l'application de cette loi qu'elles avaient entendu écarter.

Cette doctrine ne semble pas irréfutable. Nous lui adresserons d'abord une objection historique. Le droit romain, tout le monde est d'accord sur ce point, admettait dans certains cas le concours entre l'action de la loi Aquilia et l'action dérivant du contrat, *actio depositi*, *commodati*, etc... A cela sans doute nos adversaires répondent que si ce concours existait bien en droit romain, il était dû à la nature pénale de l'action aquilienne. Ce caractère pénal aurait procuré au créancier un avantage qui expliquerait le cumul possible des deux actions. Mais aujourd'hui ce concours, conséquence des conditions juridiques propres au droit romain, n'aurait plus de raison d'être (2). La réponse paraît peu satisfaisante : l'évolution générale du droit, bien loin

(1) Rumpf, *op. cit.*, p. 73.
(2) Chironi, *Colpa extracontrattuale*, t. I, 2e éd., p. 60 sq.

de restreindre le champ d'application de la responsabilité délictuelle, tend au contraire à l'élargir ; la loi Aquilia avait été autrefois une première étape dans cette voie, l'article 1382 du Code civil en a marqué une seconde, plus décisive. Le progrès du droit a consisté à assurer aux individus contre les dommages dont ils pourraient être victimes une protection de plus en plus complète, et de plus en plus efficace. Comment dès lors prétendre qu'il y ait eu depuis l'époque romaine à nos jours un changement de conditions sociales favorable à la suppression du concours de l'action délictuelle et de l'action contractuelle (1) » ? Le concours, parce qu'il améliore la situation de la victime, répond au but que poursuit toute l'évolution juridique.

Nos lois modernes, dit-on, traitent séparément des dommages-intérêts dus pour inexécution d'un contrat et des dommages-intérêts dus en dehors de tout contrat. C'est vrai. Mais de ce que la loi distingue la faute qui a sa base dans un contrat et celle qui y est étrangère, en résulte-t-il que les deux fautes ne puissent jamais concourir ? Il y a là, affirme-t-on, deux ordres de dispositions parallèles. Deux parallèles ne se rencontrent pas, jamais la faute délictuelle et la faute contractuelle n'existeront en même temps. C'est d'une autre figure de géométrie qu'il faudrait, croyons-nous, faire usage. Nous nous trouvons en présence, non pas de deux parallèles, mais de deux cercles qui se coupent (2); s'il est vrai qu'ils ne se recouvrent pas entièrement, il est une certaine partie de leur surface où ils chevauchent l'un sur l'autre. Dans la plupart des cas, la faute délictuelle ou la faute contractuelle se rencontrera seule ;

(1) Pacchioni, *Rivista di diritto commerciale*, 1905, t. II, p. 258.
(2) Fischer, critiqué par Titze, *loc. cit.*

il n'en est pas moins vrai qu'il y a aujourd'hui encore des cas où elles pourront, à notre sens, coexister.

A cette solution on oppose, sur le terrain de la pratique, une objection tirée du désir d'assurer le respect de la volonté des parties. Les parties, en concluant un contrat, ont voulu, prétend-on, modifier les principes de la responsabilité délictuelle pour y substituer ceux de la responsabilité contractuelle. Ne faut-il pas respecter leur intention ? La réponse est facile. Si une personne passe une convention, elle entend s'assurer des droits nouveaux, elle ne renonce pas pour autant à la protection que le droit commun lui assure. Un acte est-il moins répréhensible lorsqu'il émane du débiteur que lorsqu'il est commis par un tiers ? On est tenté de dire qu'il l'est plus, le débiteur, dans l'hypothèse au moins où il agit de mauvaise foi, commettant « une sorte d'embûche et de guet-apens » (1). Le système qui refuse d'appliquer dans aucun cas au débiteur les règles de la responsabilité délictuelle aboutit à des résultats inadmissibles. « La lésion d'un seul droit est un délit. La double lésion du même droit et d'une créance n'est plus un délit ! Une première infraction et vous êtes un délinquant ! Commettez-en une seconde, le délit s'évanouit (2) » !

Plaçons-nous enfin au point de vue qui tout particulièrement nous intéresse, celui de la responsabilité civile du tiers complice. Ceux qui ne reconnaissent jamais à la charge du débiteur qu'une responsabilité contractuelle, s'ils veulent rester logiques avec eux-mêmes, doivent décider que le tiers

(1) Labbé, note au S. 86.I.5. — Cf. Deschamps, *Le dol et la faute des incapables*, Th. Paris, 1889, p. 72 ; Périn, *De la responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle de la femme dotale*, Th. Paris, 1905, p. 185.

(2) Grandmoulin, *De l'unité de la responsabilité*, th. Rennes, 1892, p. 20.

ne pourra être poursuivi lorsqu'à son encontre ne sera relevé aucun délit propre (1). Supposons, suivant un exemple donné par von Liszt (2) pour combattre ce système, que Primus veuille détruire une chose qui appartient à Tertius sans engager sa responsabilité. Il s'entendra avec un homme de paille, Secundus, qui se fera prêter la chose par Tertius et il invitera Secundus à l'anéantir pendant la durée du prêt. Si Secundus n'encourt qu'une responsabilité contractuelle, Primus, provocateur, qui n'est pas lié par le contrat, sera à l'abri de toute atteinte. C'est là un résultat véritablement trop choquant qui suffirait à lui seul à condamner la théorie d'après laquelle la responsabilité afférente à l'inexécution d'un contrat serait toujours et exclusivement une responsabilité contractuelle.

Certains des partisans les plus convaincus de cette idée — et c'est là pour nous un nouvel argument — n'osent d'ailleurs pas pousser jusqu'au bout leur système et y apportent des dérogations. C'est ainsi que M. Gabba (3), après avoir proclamé que l'action contractuelle et l'action délictuelle ne concourront jamais, doit, pour éviter certaines solutions inadmissibles, tout en restant fidèle à son principe du non-concours, refuser parfois de façon absolument arbitraire l'action contractuelle. D'après ces auteurs, par exemple, si un pharmacien, voulant empoisonner un client, lui vend dolosivement un poison au lieu de lui livrer un remède, le contrat de vente n'étant ici qu'un moyen d'exécuter un délit, l'action contractuelle disparaîtra pour ne laisser subsister à la charge du pharmacien qu'une responsabilité délictuelle (4). L'action resterait au contraire exclusivement

(1) Rumpf, *op. cit.*, p. 76.
(2) Von Liszt, *Deliktsobligationen*, p. 11 sq.
(3) Gabba, *op. cit* , t. I, p. 277 et sq.
(4) Gabba, *op. cit.*, p. 287-288.

contractuelle si le pharmacien s'était rendu coupable d'une simple faute de négligence. N'y a-t-il pas dans toutes ces solutions des contradictions et des incohérences ? Pourquoi dans un cas, alors qu'un contrat a été passé, supprimer l'action qu'il a fait naître ? On n'en saurait découvrir aucune bonne raison.

A l'antipode de ce système, une doctrine est née, qui, au lieu d'absorber la responsabilité délictuelle dans la responsabilité contractuelle toutes les fois qu'un contrat est intervenu, a voulu dans tous les cas englober la responsabilité contractuelle dans la responsabilité délictuelle, pour finalement proclamer le principe dit de l'unité de faute (1). La violation d'une obligation constituerait toujours un délit.

Cette théorie, défendue avec ardeur, a été étayée d'un grand luxe d'arguments (2). Nous ne pouvons pas entrer ici dans leur examen détaillé. Qu'il nous suffise d'indiquer les principaux. Toute faute, dit-on, constitue un manquement à une obligation préexistante ; que cette obligation préexistante dérive d'un contrat ou qu'elle puise sa source dans la loi, peu importe, sa nature n'en est pas pour autant modifiée.

D'ailleurs, ajoute-t-on, il n'y a pas différence de nature entre la loi et le contrat. « La loi est un contrat. Qu'est-ce en effet qu'un contrat ? L'accord de plusieurs volontés. Or qu'est-ce que la loi, sinon la volonté commune des citoyens

(1) Cette doctrine, soutenue en 1885 dans un article de la *Revue critique* (p. 485 sq.) dû à M. Lefebvre, a été surtout développée par M. Grandmoulin dans sa thèse précitée. Plusieurs auteurs de thèses s'y sont postérieurement ralliés (V. par exemple Puricesco, *Etude critique sur la théorie de la faute*, Th. Paris, 1905, p. 88 sq.) ; Cf. Baudet, *Labbé arrêtiste*, Th. Lille, 1908, p. 78. Elle a été adoptée par M. Planiol (*Traité*, t. II, nos 873 sq.).

(2) V. ces arguments dans Grandmoulin, *op. cit.*, p. 4 sq.

exprimée soit directement, soit par leurs représentants (1)? »

Ces arguments brillants sont au fond moins convaincants qu'on pourrait croire. Le système de l'unité de faute, issu d'une réaction contre les abus d'une doctrine qui avait séparé trop profondément la faute délictuelle de la faute contractuelle, allant jusqu'à déguiser sous l'expression de garantie la responsabilité contractuelle pour la mieux dissocier de la responsabilité délictuelle, paraît bien, pour avoir voulu fuir une exagération, être tombée dans l'exagération inverse.

La distinction de la faute délictuelle et de la faute contractuelle n'est pas une singularité du droit français. On s'était trop hâté de proclamer que le projet de Code civil allemand l'avait répudiée (2). Le Code civil allemand en réalité l'a consacrée et ses interprètes aujourd'hui encore nous énumèrent les différences qui séparent les deux fautes (3).

Rationnellement d'ailleurs, cette distinction semble, quoi qu'on en ait dit, avoir un fondement solide. Ainsi, pour nous en tenir aux points essentiels, l'obligation contractuelle ayant, du moins en général, un caractère plus précis que l'obligation légale, obligation générale et vague, on comprend fort bien que la preuve d'une faute contractuelle soit plus facile et moins complexe que la preuve d'une faute délictuelle. C'est l'idée que la doctrine classique, dans une formule d'ailleurs peu exacte, exprime en disant que la faute contractuelle se présume.

De même, pour évaluer le degré de faute, il y a, croyons-nous, intérêt à maintenir le système traditionnel de la dualité. La faute qui tire sa source d'un contrat, ainsi que le

(1) Grandmoulin, *loc. cit.*

(2) Grandmoulin, *op cit.*, p. 34.

(3) V. par exemple Crome, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, t. II, 1902. § 325, n° 4, p. 1020.

décide justement l'article 1137 du Code civil, doit s'estimer en tenant compte de la nature de la convention ; elle dépend de la volonté expresse ou présumée des contractants. En matière délictuelle au contraire, la faute s'apprécie dans tous les cas de la même façon ; point de convention qui détermine et au besoin tempère la rigueur avec laquelle il convient de l'apprécier.

De même enfin l'étendue de la réparation paraît bien varier avec la nature de la faute. En matière contractuelle, abstraction faite du cas de dol, elle doit équitablement se limiter au dommage que les parties, lors du contrat, ont prévu ou pu prévoir. C'est ce que décide d'ailleurs expressément l'article 1150 du Code civil. C'est une limitation qui au contraire, en matière délictuelle, ne se comprend pas.

Voilà, indiquées à grands traits, certaines différences qui, à notre avis, ne permettent pas de nier l'existence de la responsabilité contractuelle.

Le système d'après lequel la violation d'une convention constituerait dans tous les cas une faute exclusivement contractuelle ne nous aurait jamais permis, nous l'avons vu, de mettre à la charge du tiers complice une responsabilité civile ; le système d'après lequel la violation d'une convention constituerait une faute exclusivement délictuelle conduirait au contraire à déclarer le tiers responsable, en toute hypothèse, du délit commis par le débiteur. Ces systèmes absolus, nous les écartons ; nous devons dès lors rechercher dans quels cas le débiteur qui viole son obligation contractuelle pourra être considéré comme coupable d'un délit, dans quels cas par conséquent un tiers pourra être déclaré responsable comme complice de ce délit.

A la règle d'après laquelle le débiteur qui viole son engagement encourt une responsabilité purement contrac-

tuelle MM. Aubry et Rau (1) ont apporté un premier tempérament. « Il convient de remarquer, disent-ils, que les fautes commises dans l'exécution d'un contrat peuvent quelquefois dégénérer en délits de droit criminel, et dans ce cas les articles 1382 et suivants sont évidemment applicables. » C'est là un correctif qui enlève à la doctrine de la responsabilité exclusivement contractuelle du débiteur ce qu'elle avait de plus choquant. Mais pour nous cette concession n'offre pas grand intérêt. La responsabilité civile du complice qui aide un débiteur à commettre un délit pénal ne peut guère être contestée. Elle est en effet consacrée formellement par l'article 55 du Code pénal : « Tous les individus condamnés pour un même crime ou un même délit seront tenus solidairement des amendes, des restitutions, des *dommages-intérêts* et des frais. »

Il faut, à notre sens, aller plus loin et dire que dans bien d'autres cas, la responsabilité délictuelle vient doubler la responsabilité contractuelle du débiteur. Pour nous, *toute violation dolosive d'un contrat par un débiteur fait peser sur celui-ci une responsabilité délictuelle.*

L'idée que le dol dans l'exécution d'un contrat constitue un délit n'a rien de révolutionnaire. Bigot-Préameneu (2) lui-même, lors de la discussion du Code civil, soutenait formellement cette opinion. « Le dol, disait-il, établit contre celui qui le commet une nouvelle obligation, différente de celle qui résulte du contrat ; cette nouvelle obligation n'est remplie qu'en réparant le tort qu'il a causé. » Des auteurs fort classiques ont repris cette manière de voir. D'après M. Demolombe (3), « c'est du dol lui-même que procède

(1) Aubry et Rau, *Cours*, 4e éd., t. IV, p. 755, n. 7.
(2) Locré, t. XII, p. 330.
(3) Demolombe, *Traité des contrats*, t. I, p. 595, no 598.

l'obligation d'en réparer les suites ». Et MM. Demante et Colmet de Santerre (1) ajoutent : « Quand l'inexécution provient du dol, l'obligation de réparer le dommage ne peut plus dériver d'une clause du contrat, car les parties n'ont pu faire une convention sur le dol futur de l'une d'elles et restreindre la responsabilité de l'auteur d'un acte frauduleux. »

L'idée, à y réfléchir, semble d'ailleurs fort légitime. Lorsque le dol intervient dans la conclusion d'un contrat, on admet très volontiers qu'il engendre à la charge de son auteur une responsabilité délictuelle. L'annulation des conventions viciées par le dol, prévue à l'article 1116 du Code civil, ne serait que la réparation la plus adéquate du dommage causé par ce « délit civil d'une nature spéciale (2) ». Pourquoi le dol perdrait-il ce caractère d'un délit, lorsqu'au lieu d'être commis dans la formation d'un contrat, il l'est à propos de l'exécution du contrat ? En vain objecterait-on que le dol commis dans l'exécution d'un contrat n'est que par un abus de terminologie qualifié de dol, qu'il constitue en réalité non pas un dol, mais une fraude (3). La fraude était, aux yeux des Romains, comme le dol, un délit ; comme le dol, elle a dû en conserver la nature.

Rappelons-nous les signes caractéristiques de la faute contractuelle. Nous constaterons qu'aucun d'eux ne s'applique à la faute intentionnelle commise dans l'exécution d'un contrat. La faute contractuelle se présume, le dol ne se présume pas. Domat (4) déjà l'observait et nous en don-

(1) Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil*, 1883, t. V, n° 66 *bis*-I, p. 92.

(2) Bourcart, note au S. 1906.II.241. Cf. Planiol, *Dol civil et dol criminel*, *Rev. crit.*, 1893, p. 553, n. 2.

(3) Planiol, *loc. cit.*

(4) Domat, *Lois civiles*, liv. I, tit. XVIII, sect. III, édit. Remy, t. I, p. 395.

nait la raison : « Comme le dol est une espèce de délit, il n'est jamais présumé s'il n'y en a des preuves. »

La faute contractuelle n'oblige à réparer que le dommage qu'on a prévu ou pu prévoir lors du contrat ; le dol, en matière de contrats, expose à la réparation intégrale du préjudice pourvu seulement que ce préjudice soit « une suite immédiate et directe de l'inexécution de l'obligation ». C'est ce qui résulte formellement de l'article 1151 du Code civil. Mais qu'est-ce que cette façon d'apprécier la responsabilité découlant du dol sinon l'application des principes reçus en matière de responsabilité délictuelle ?

Relativement aux obligations portant sur une somme d'argent, l'article 1153 du Code civil, dans la rédaction qu'en a donnée la loi du 7 avril 1900, est encore plus significatif. Avant cette loi, la jurisprudence admettait que, si, en principe, « dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme les dommages et intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi » (art. 1153, al. 1[er]), ce principe comportait une exception : lorsque par son dol le débiteur avait causé un préjudice indépendant de ce retard, les tribunaux, s'appuyant sur l'article 1382 du Code civil, se reconnaissaient le droit d'allouer des dommages-intérêts supérieurs au montant des intérêts moratoires. C'était de façon très nette distinguer la faute contractuelle du dol et faire de ce dernier un délit. La loi du 7 avril 1900, en ajoutant à l'article 1153 un nouvel alinéa, a consacré cette jurisprudence.

On peut enfin à l'appui de notre thèse, invoquer les solutions généralement adoptées en matière de clauses d'irresponsabilité. Tandis qu'en matière délictuelle la jurisprudence déclare nulles les clauses d'irresponsabilité « parce que

les devoirs légaux que sanctionne l'article 1382 sont d'ordre public (1) »; en matière contractuelle au contraire, elle en admet, au moins en principe, la validité (2). Mais à cette règle, la jurisprudence apporte un correctif, correctif d'ailleurs traditionnel que déjà formulait Ulpien (3). On ne peut pas, même en ce qui touche l'exécution d'un contrat, se décharger par avance des conséquences de son dol (4). Cela prouve ici encore que, dans la responsabilité fondée sur le dol, il y a autre chose qu'une responsabilité contractuelle, quelque chose qui ne dépend plus de la volonté des parties.

C'est bien en effet cette dernière idée qui nous semble l'idée essentielle séparant le dol de la faute contractuelle. Tandis que la faute contractuelle ressortit au domaine de l'autonomie de la volonté (5), le dol lui échappe. De cette différence primordiale découlent les autres différences que nous avons relevées. Or, si nous avions à tracer une ligne de dé-

(1) Planiol, *Traité*, t. II, n° 882, p. 293. — Cf. D. *Rép.*, *Suppl.*, V° *Responsabilité*, n° 273.

(2) Planiol, *Traité*, t. II, n° 245, p. 87. — Cf. D. *Rép.*, V° *Obligation*, n° 686. Nous disons « en principe ». Il faut en effet, bien entendu, réserver le cas où la loi proclamerait elle-même la nullité des clauses d'irresponsabilité. C'est ce qu'a fait par exemple, en matière de contrat de transport, la loi du 17 mars 1905, dite loi Rabier, modifiant l'article 103 du Code de commerce. Il faut aussi réserver le point de savoir si, la responsabilité contractuelle écartée, on ne découvrirait pas une responsabilité délictuelle. C'est ce que semblait admettre la jurisprudence lorsqu'avant la loi Rabier elle avait élaboré sa théorie bien connue sur le *renversement de la preuve*. — V. Thaller, *Traité élémentaire*, 4e éd., 1910, p. 606, nos 1201-1202. — Cf., sur une jurisprudence anglaise parallèle, note sous Cass., 10 décembre 1907, S. 1910.I.133.

(3) Dig., liv. L, t. XVII, fr. 23.

(4) Planiol, *Traité*, t. II, n° 244.

(5) Cf. Saleilles, *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, 1901, 2e éd., p. 432.

marcation entre le champ d'application de la faute délictuelle et celui de la faute contractuelle, c'est précisément, croyons-nous, ce criterium que nous proposerions. Les conditions et les effets de la faute sont-ils déterminés par la volonté expresse ou tacite des parties, la faute est contractuelle, sont-ils au contraire en dehors et au-dessus de cette volonté, la faute est délictuelle. Le dol, étant soustrait à cette autonomie de la volonté, nous semble bien constituer une faute délictuelle et c'est à cette faute délictuelle que viendra s'attacher la responsabilité du tiers (1).

Telle est, à notre sens, l'idée nécessaire, mais suffisante, pour expliquer toutes les solutions de détail que nous avons analysées dans notre première partie. Nous n'avons plus maintenant qu'à la préciser en déterminant les conditions d'application et l'étendue de cette responsabilité civile du tiers complice.

(1) Cf. Kohler, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, t. II, p. 39.

CHAPITRE III

ÉTENDUE ET CONDITIONS D'APPLICATION DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DU TIERS COMPLICE.

I. — Etendue de la responsabilité. — Solidarité du débiteur et du tiers.

II. — Conditions d'application de la responsabilité. — Possibilité de transporter en droit civil la notion de complicité pénale. — Confirmation tirée de la jurisprudence : 1° Elément intentionnel ; 2° Elément matériel.

Le créancier qui aura souffert de la violation de contrat commise par son débiteur pourra, nous venons de l'établir, exercer un recours contre le tiers qui a incité ce débiteur à méconnaître son engagement. Dans quelle mesure pourra s'exercer ce recours ?

A la question ainsi posée, la jurisprudence, en règle générale, répond : le tiers sera tenu solidairement avec le débiteur de réparer le préjudice causé au créancier.

C'est ainsi que, si nous parcourons très rapidement et un peu au hasard quelques-unes des espèces que nous avons examinées, nous relevons ce principe de solidarité consacré en matière de promesses de vente par l'arrêt de Nancy du 4 avril 1906 (1). La Cour, constatant que le débiteur et le tiers ont « ensemble et de concert... causé, par leur combinaison malveillante », préjudice au créancier, prononce contre eux « une condamnation solidaire à des dommages-

(1) S. 1906.II.241.

intérêts ». De même, un arrêt de Paris du 21 février 1861 (1), en condamnant une fille Rouffaneau pour avoir servi de prête-nom à un sieur Soulier et avoir ainsi aidé à la violation d'une clause de non-concurrence passée par Soulier au profit d'un sieur Porte, décide « que Soulier et la fille Rouffaneau, son prête-nom, doivent répondre solidairement du préjudice par eux causé à Porte ». Rappelons enfin l'arrêt de Paris du 24 novembre 1904 (2), admettant le recours formé par les directeurs du Casino de Paris contre les frères Isola qui leur avaient enlevé l'une de leurs actrices, Hélène Dutrieu ; la Cour « dit Isola frères solidairement responsables avec la demoiselle Dutrieu de la faute commise par elle ».

Ne multiplions pas ces exemples ; la solution adoptée paraît ne pas faire difficulté. Si en effet on aurait pu à la rigueur avoir certains scrupules à prononcer la solidarité dans un système qui aurait attribué à la responsabilité du débiteur un caractère contractuel et à la responsabilité du tiers un caractère délictuel, il semble bien que, si l'on reconnaît à la charge du débiteur aussi bien qu'à la charge du tiers une responsabilité délictuelle, le principe de solidarité véritablement s'impose. Nous n'avons ici qu'une application particulière d'une idée générale consacrée par la jurisprudence : celle de la solidarité entre les coauteurs de délits ou quasi-délits civils (3).

(1) *Journ. trib. com.*, 1861, p. 324.

(2) S. 1905.II.284, D. 1906.V.24.

(3) V. sur cette solidarité : Lafay, *Etude sur la responsabilité des coauteurs de délits ou de quasi-délits civils*, Th. Lyon, 1902, p. 27-140 ; Coucoureux, *Des délits et des quasi-délits civils imputables à plusieurs personnes*, Th. Toulouse, 1903, p. 71 sq ; Hamel, *De la responsabilité des coauteurs de délits ou de quasi-délits civils*, Th. Poitiers, 1908, p. 65-83.

Il est vrai que cette jurisprudence de caractère assez prétorien, n'est point parvenue à une parfaite netteté. Sur le fondement de cette solidarité les auteurs discutent. Certains lui attribuent un fondement subjectif. C'est dans « la volonté commune des délinquants que prend sa source la solidarité prononcée contre eux » (1) C'est là l'idée traditionnelle. Il y a, disait déjà Merlin (2), « la même volonté de nuire, la même malignité dans les faits de dol et de fraude pour lesquels la loi n'accorde qu'une action civile que dans les faits de dol et de fraude que la loi punit soit de peines afflictives et infamantes, soit de peines correctionnelles ; donc c'est par un principe commun aux uns et aux autres que l'article 55 du Code pénal déclare solidaires les dommages qui sont dus à raison de ceux-ci ».

D'autres, en ces dernières années surtout, ont protesté contre cette manière de voir. Au fondement subjectif classique, ils ont prétendu, pour justifier la solidarité des coauteurs de délits civils, substituer un fondement objectif. Les coauteurs seraient tenus solidairement quand le préjudice causé serait indivisible et qu'il serait par suite impossible d'évaluer la part de chacun dans le dommage.

Le résultat auquel on arrive, suivant qu'on adopte l'une ou l'autre explication, est, on le conçoit, dans bien des cas, différent. Souvent les co-auteurs d'un délit civil auront eu « la volonté commune » de commettre ce délit alors qu'on pourra fort bien dans le préjudice causé reconnaître la part de chacun des participants (3). Il est à l'inverse possible d'imaginer des hypothèses où le préjudice soit indivisible

(1) Toullier, *Le droit civil français*, t. II, n° 151, p. 197.

(2) Merlin, *Questions de droit*, V° *Solidarité*, § XI.

(3) V. comme application curieuse de cette idée : Riom, 12 janvier 1885, D. 86.II.133.

quoiqu'il ne soit pas le résultat d'une volonté commune des délinquants (1).

Là n'est pas pourtant à nos yeux l'intérêt de la controverse. Dans les hypothèses de complicité que nous étudions il y aura toujours participation du tiers à la fraude, toujours aussi indivisibilité du préjudice. Toujours participation du tiers à la fraude : dans les cas où le tiers ignore le contrat antérieurement passé par le débiteur, il ne peut évidemment pas engager sa responsabilité ; toujours indivisibilité du préjudice : lorsqu'un débiteur viole son obligation, il est impossible de savoir dans quelle proportion il est personnellement responsable du préjudice causé au créancier, dans quelle proportion est responsable celui qui l'a aidé à violer son obligation. On ne peut déterminer qu'une chose, le préjudice qu'ensemble ils ont occasionné. Sur le terrain pratique, la question en notre matière n'a d'importance qu'en ce qui concerne la nature et les effets de la solidarité établie entre les coauteurs du délit, les partisans du système subjectif étant naturellement conduits à y voir une solidarité véritable soumise à toutes les règles posées pour les obligations solidaires, les partisans du système objectif au contraire y voyant moins une solidarité proprement dite qu'une obligation *in solidum* n'ayant d'autre effet que d'obliger au paiement du tout chacune des personnes responsables (2). Mais, en face de cet intérêt pratique réduit, elle a pour nous un intérêt théorique particulier.

Si, en effet, pour ceux qui font appel à la notion objective il y aurait là une théorie indépendante du droit pénal, exclusivement basée sur l'article 1382 du Code civil, d'après la solution traditionnelle, qui semble à l'heure actuelle encore,

(1) V. par ex. : Cass., 31 mars 1896, S. 96.I.309, D. 97.I.21.
(2) Cf. Planiol, *Traité*, t. II, nos 902-903.

quoi qu'on en ait dit (1), la plus en vogue en jurisprudence (2), cette solidarité ne serait, nous l'avons vu, qu'une application ou plutôt qu'un élargissement de la solidarité admise par l'article 55 du Code pénal. Mais alors, si on admet avec cette dernière opinion qu'il faille en cette matière de la solidarité transposer en droit civil les notions reçues en droit pénal, faut-il limiter à la seule solidarité cette transposition, ne faut-il pas plutôt l'appliquer à la notion de complicité elle-même ?

Etendre au droit civil les solutions élaborées par le droit pénal en matière de complicité, c'est une idée qui, en France, ne paraît guère être venue à l'esprit des juristes. On peut cependant, croyons-nous, en faveur de cette assimilation, invoquer des arguments sérieux.

Et d'abord un argument pratique : si on rejette l'appui du droit pénal, où trouvera-t-on la définition de la complicité ? Faudra-t-il, pour en déterminer les cas d'application, s'en remettre à l'arbitraire des juges ? Cette solution serait bien dangereuse. Admettrait-on par exemple que le simple conseil suffit à constituer la complicité en matière de délits civils ? Prétendre en droit civil s'engager dans l'examen des hypothèses de complicité sans se soucier des solutions admises en droit pénal, c'est pénétrer dans le Labyrinthe sans vouloir se laisser guider par le fil d'Ariane.

Le droit étranger nous conseille de ne pas avoir cette témérité. C'est ainsi qu'en Allemagne le paragraphe 830, alinéa 2, B.G.B. déclarant tenus solidairement avec les coauteurs, les provocateurs et les aides (*Anstifter und Gehül-*

(1) Lafay, *op. cit.*

(2) Lyon, 20 décembre 1907, D. 1908.II.143 ; Cass., 31 mars 1908, *Gaz. Pal.*, 21 mai 1908

fen) d'un délit civil, sans définir ce qu'il faut entendre par provocateurs et aides, la majorité des auteurs allemands (1) proposent tout simplement de calquer la complicité civile sur la complicité pénale. Ceux mêmes qui se refusent à cette assimilation absolue sont obligés de reconnaître qu'il convient du moins,pour découvrir en droit civil les hypothèses de complicité, de s'inspirer du droit pénal (2).

Cette extension des règles de la complicité pénale se heurte, il est vrai, à plusieurs objections.

La notion de complicité telle qu'elle résulte de notre Code pénal français, pourrait-on d'abord alléguer, est absolument artificielle. Le législateur a réuni un peu au hasard certaines situations fort diverses qu'il a qualifiées du terme générique de complicité. On ne saurait étendre hors du champ d'application que leur attribue le Code pénal des dispositions aussi arbitraires. A cela nous répondrons qu'elles le sont en réalité beaucoup moins qu'on serait tenté de le croire. Nous n'avons pour nous en convaincre qu'à étudier comment le droit étranger entend la complicité. Si nous ouvrons par exemple le Code pénal allemand, nous voyons que son paragraphe 48 fait rentrer dans la complicité punissable des cas sensiblement analogues à ceux que visent nos articles 59 et suivants du Code pénal.

Il n'y a guère, croyons-nous, qu'une hypothèse de complicité où on puisse véritablement prétendre que notre législateur ait fait œuvre arbitraire : c'est l'hypothèse de complicité par recel (art. 62, C. pén.).La plupart des crimi-

(1) Planck, *Kommentar*, t. II, 1900, sur le paragraphe 830, I ; Endemann, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, 8e éd., 1903, § 202, p. 1270, n. 39.

(2) Rumpf, *op. cit.*, p. 58.

nalistes (1) reconnaissent que le recel, en bonne logique, ne devrait pas constituer un cas de complicité, mais un délit particulier. Il est en effet fort difficile de justifier cette prétendue complicité surgissant *a posteriori*. Nous admettrions donc volontiers qu'il est interdit d'étendre la notion de complicité par recel, du droit pénal au droit civil. C'est une concession qu'il nous est d'autant plus facile de faire que nous n'apercevons pour ainsi dire pas d'hypothèse où un tiers, complice par recel d'une violation d'obligation, ne serait pas en même temps complice d'autre façon, par aide et assistance par exemple (2).

Ce cas de recel mis à part, le législateur pénal, pour déterminer les cas où il y aurait complicité, s'est préoccupé de dégager, entre la personne appelée complice et l'acte illicite accompli, un certain lien de causalité. L'article 60

(1) Garraud, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, t. II, n° 262, p. 430 ; Chauveau et Hélie, *Théorie du Code pénal*, t. I, n° 285, p. 427.

(2) Ainsi au cas où, après une première vente d'immeuble non transcrite, un tiers se fait consentir frauduleusement une seconde vente qu'il transcrit, on pourrait prétendre que, tirant profit du délit commis par le débiteur, il se rend coupable de complicité par recel. Mais pourquoi invoquer la complicité par recel alors qu'il est déjà complice par aide et assistance, sinon par provocation ? Il est des cas, il est vrai, où il serait possible à la rigueur d'imaginer une complicité par recel existant seule. Ainsi dans l'hypothèse du patron qui, apprenant après l'avoir embauché, la violation de contrat commise par son ouvrier ou son employé, le garde pourtant à son service, profitant sciemment du délit commis. Mais en pareil cas tout le monde paraît bien reconnaître que cette prétendue complicité par recel ne suffit pas à engendrer à la charge du patron une responsabilité civile. Kohler (*Encyclopädie*, 1904, t. I, p. 708), après avoir rappelé que la *Gewerbeordnung*, pour un cas spécial, en décide autrement, a soin de faire observer le caractère exceptionnel de cette disposition. La jurisprudence française, de son côté, écarte pour cette hypothèse la responsabilité du patron (Paris, 31 oct. 1908, *Journ. trib. com.*, 1909, p. 406).

du Code pénal n'a fait que tirer des applications de cette idée. Or, cela est d'évidence, en droit civil aussi bien qu'en droit pénal, il faut, pour déclarer une personne complice d'un délit, établir à la charge de cette personne qu'elle a exercé une certaine action sur la production du délit.

On pourrait peut-être, se plaçant à un point de vue plus général, combattre la tentative d'assimilation. On pourrait prétendre, et on a en effet prétendu (1), que les conceptions du droit civil ne doivent pas être calquées sur celles du droit pénal parce que ces deux législations n'ont pas le même objet : le droit pénal poursuit la répression du délit, le droit civil, sa réparation. Ici encore nous répondrons qu'il ne faut pas exagérer la séparation qui existe entre les deux domaines : le droit civil, en faisant peser sur le coupable l'obligation d'indemniser la victime du préjudice, produit souvent un effet intimidant ; le droit pénal à l'inverse, tout en ayant surtout pour but la répression, ne peut pas et ne doit pas se désintéresser absolument de la réparation.

Enfin il est surtout, nous semble-t-il, en faveur de l'extension des règles de la complicité du droit pénal au droit civil une raison véritablement très puissante. Lorsqu'un acte constitue à la fois un délit pénal et un délit civil et que son auteur est puni pénalement, on admet sans difficulté que les mêmes personnes seront tenues comme complices au point de vue civil et au point de vue pénal. Cette solution paraît d'ailleurs imposée par les termes de l'article 55 du Code pénal. Supposons maintenant que pour une cause ou pour une autre ne soit pas intervenue de condamnation pénale ; on ne voit pas pourquoi cette circonstance influerait sur l'appréciation de la complicité au point de vue civil.

(1) Rumpf, *op. cit.*, p. 5.

Imaginons enfin que le fait ne soit plus punissable pénalement, qu'il constitue seulement un délit civil. Faudra-t-il dans cette nouvelle hypothèse adopter une autre conception de la complicité ? On n'en saurait apercevoir aucune raison.

Si d'ailleurs l'examen des principes nous conduit à cette conclusion qu'il faut étendre à la complicité de délits civils les notions reçues en droit pénal, il semble bien que l'étude de la jurisprudence nous commande la même solution.

Des espèces que nous avons analysées se dégage cette impression que les juges, pour apprécier les cas où un tiers peut être réputé complice de la violation par un débiteur d'une obligation contractuelle, se sont inspirés des idées pénales. En matière civile comme en matière pénale la complicité suppose un élément intentionnel et un élément matériel.

En ce qui concerne l'élément intentionnel, la jurisprudence, nous l'avons à différentes reprises constaté, n'est point d'une parfaite netteté. Cette incertitude provient de ce que, même en matière pénale, « la notion de l'intention n'a peut-être pas été précisée avec une exactitude complète (1) ». Certains arrêts, nous l'avons vu, surtout en matière de ventes d'immeubles, requièrent un concert frauduleux entre le débiteur et le tiers; la Cour de cassation, dans ses arrêts récents sur la cession de créance, exige que le tiers ait eu une « connaissance spéciale et personnelle ». Dans d'autres domaines nous avons relevé les expressions de « parfaite connaissance du tiers », « connaissance pleine et parfaite », etc... Faut il voir dans ces termes différents des contradictions ? Le mot serait, croyons-nous, bien fort, car, si dans le langage de la jurisprudence règne un certain flottement, au fond, si der-

(1) Garçon, *Code pénal annoté*, art. 59-60, n° 350.

rière la lettre on recherche l'esprit, c'est toujours la même idée qu'on découvre. Cette idée, quelle est-elle ? Qu'il ne suffit pas de prouver que le tiers a eu « connaissance du caractère délictueux du fait principal (1) », mais que le concert frauduleux à l'inverse n'est peut-être pas rigoureusement nécessaire (2). Ce qu'il faut établir, c'est l'intention frauduleuse du complice, c'est, suivant l'heureuse formule de M. Garçon (3), qu'il a eu « conscience... de commettre les faits constitutifs de la complicité, sachant qu'il s'associe à un acte délictueux... qu'il provoque ou favorise le délit ». Peu importe que le débiteur ait ignoré la mauvaise foi du tiers complice. Cette ignorance du débiteur ne sera pas un obstacle à la responsabilité civile du tiers (4). Il faut au surplus reconnaître qu'en fait cette ignorance sera très rare. Presque toujours le débiteur et le tiers, supposés tous deux de mauvaise foi, se seront concertés, et voilà pourquoi la preuve de l'intention frauduleuse se ramènera presque toujours à celle du concert, de la collusion frauduleuse.

La jurisprudence a donc, pour apprécier l'intention du tiers complice, transplanté en droit civil les idées pénales. Elle a, croyons-nous, suivi la même voie quand il s'est agi de déterminer l'élément matériel nécessaire pour fonder la complicité. Il suffit pour s'en convaincre de rappeler quelques-unes des principales espèces que nous avons analysées. Pour les ventes d'immeubles, indiquons seulement l'arrêt de principe de la Cour de cassation du 25 mars 1858 (5).

(1) Garçon, *ibid.*

(2) Ferranti, *Rivista penale*, t. LVIII, 1903, p. 529 sq.

(3) Garçon, *ibid.*

(4) Von Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 8e éd., 1897, p. 230, § 51.

(5) D. 59 I.184, S. 60.I.991.

La Cour, condamnant un sieur Jean-Marie Hunant pour complicité de stellionat commis par René au préjudice de Sébastien, relève à sa charge « que des documents du procès il résulte que Jean-Marie Hunant... s'est rendu auprès de René et, après s'être assuré que cette vente (consentie à Sébastien) n'avait pas été soumise à la formalité de la transcription, a persuadé à celui-ci, en lui offrant un prix plus élevé, de consentir à son profit une deuxième vente des mêmes biens ». L'arrêt a grand soin de retenir cette circonstance que Jean-Marie Hunant a offert à René un prix plus élevé que Sébastien. Et c'est bien là, nous semble-t-il, la provocation par promesses telle que la connaît le droit pénal.

C'est encore de cette provocation par dons, promesses que s'étaient rendus coupables Dœuillet et Cie, couturiers à Paris, lorsque, engageant « comme employée une dame Richard à partir du 1er juillet 1901, alors qu'ils la savaient liée à la maison concurrente de Raudnitz par un traité qui ne devait prendre fin qu'au 31 décembre de la même année, ils lui avaient alloué des appointements supérieurs à ceux qu'elle gagnait chez le défendeur » et s'étaient en outre engagés à « prendre à leur charge les conséquences pécuniaires de la rupture du contrat » (1).

Dans la retentissante affaire Jaurès-Rességuier (2), l'élément matériel de la complicité consistait encore dans la provocation par dons et promesses, les tiers intervenants s'étant « associés à la propagande de désembauchage entreprise pour déterminer au moyen de remises d'argent les ouvriers de Rességuier à quitter l'usine ». Mais à côté nous apercevions la provocation par menaces : « Attendu, dit la

(1) Cass. civ., 27 mai 1908, D. 1908.I.459, S. 1910.I.118.
(2) Cass., 29 juin 1897, S. 98.I.17, D. 97.I.537.

Cour de cassation, qu'il est constaté en fait que les demandeurs en cassation ont usé de menaces... »

Cette provocation par menaces, nous la retrouvons, seule cette fois, dans l'affaire du Syndicat de Jallieu (1). Pour obtenir le renvoi de l'ouvrier Joost, le Syndicat de Jallieu avait menacé son patron, M. Brunet-Lecomte, de faire grève et c'est, « redoutant une grève qui aurait été désastreuse pour lui », que le patron s'était résigné à obéir aux injonctions du syndicat.

Plus fréquents que ces cas de provocation par menaces sont ceux de complicité par aide et assistance. Complice par aide et assistance le prête-nom sous le couvert de qui se rétablit un ancien commerçant au mépris d'une clause de non-concurrence. Complices par aide et assistance les époux Boudet que la Cour de Paris, dans son arrêt du 19 mai 1908 (2), condamne pour avoir acheté, dans l'intention de les revendre à un sieur Marignac, des billets de faveur qu'ils savaient inaliénables. Complice par aide et assistance le détaillant qui écoule au rabais les produits que le négociant en gros, son vendeur, s'était vis-à-vis du fabricant engagé à ne pas aliéner au-dessous d'un certain prix.

Complicité par aide et assistance, complicité par provocation se réalisant au moyen soit de menaces, soit de dons et promesses, tels sont donc les principaux types de complicité qu'on découvre à l'encontre du tiers qui favorise la violation d'une obligation contractuelle ; or ces différentes espèces de complicité sont précisément prévues en matière pénale par l'article 60 du Code pénal. Dans ces conditions, nous sommes, croyons-nous, autorisé à dire que la complicité, telle qu'elle est admise en notre matière par la juris-

(1) Chambéry, 14 mars 1893, S. 93.II.139, D. 93.II.191.
(2) *Journ. trib. com.*, 1909, p. 360.

prudence, qu'on l'envisage au point de vue des principes théoriques ou qu'on l'analyse dans ses manifestations pratiques, qu'on la considère dans son élément intentionnel ou qu'on l'examine dans ses conditions matérielles, qu'on l'étudie dans ses solutions certaines ou même qu'on la suive dans ses hésitations et dans ses incertitudes, a été purement et simplement calquée sur la notion de complicité telle que l'avait élaborée le droit pénal.

CONCLUSION

UTILITÉ THÉORIQUE ET PRATIQUE DU SYSTÈME PROPOSÉ.

I. — Il ne fait pas double emploi avec la théorie de l'abus de droit.
II. — Il donne au créancier le maximum de garantie compatible avec la liberté des tiers.

Nous voici parvenu au terme de notre étude. Et si, ayant échappé, du moins nous l'espérons, au déchaînement des objections, ayant évité les écueils auxquels nous risquions de nous briser, nous nous retournons pour considérer le chemin parcouru, nous voyons émerger deux propositions qui résument et synthétisent notre théorie. Le débiteur qui viole intentionnellement une obligation par lui contractée commet un délit ; le tiers qui se rend complice de ce délit doit, comme tout autre complice d'un délit, être déclaré solidairement responsable avec le débiteur des conséquences de l'inexécution de l'obligation.

C'est à justifier ces deux propositions qu'ont tendu nos efforts. Admettons que notre but ait été atteint. Le système que nous avons édifié reste exposé à deux espèces de critiques.

Les uns, tout en approuvant ses résultats pratiques, le déclareront inutile. Reprenant une idée qui, en ces dernières années, obtint une grande faveur, ils invoqueront la notion d'abus de droit. Pour établir à la charge du tiers une responsabilité civile, point n'était besoin, diront-ils, d'imaginer une théorie spéciale, celle de la complicité de violation

de contrat ; la théorie plus générale et plus souple de l'abus de droit constituait un remède suffisant pour atteindre dans tous les cas le tiers coupable. S'agissait-il d'une obligation de donner, un tiers s'entendait-il par exemple avec un vendeur pour priver un acquéreur antérieur du bénéfice de son contrat, la théorie de l'abus de droit permettait de réprimer cette fraude ; la transcription a été imaginée pour assurer la sécurité des transferts immobiliers ; si un tiers en use pour nuire à un premier acquéreur, il commet un abus de droit et il ne saurait se prévaloir de la formalité qu'il a remplie.

Qu'un tiers aide à violer une obligation de faire, le même raisonnement s'offre à l'esprit. Evidemment, en principe, librement un patron a le droit d'embaucher un ouvrier, un directeur de théâtre d'engager un acteur ; mais cette liberté cesse lorsque l'ouvrier ou l'acteur sont déjà liés vis-à-vis d'une autre usine ou d'une autre scène par un traité antérieur. L'industriel, le régisseur, qui, connaissant le contrat intervenu, contractent néanmoins avec l'ouvrier ou l'acteur se rendent coupables d'abus de droit. Le droit d'embaucher n'est pas un droit absolu ; il est si peu absolu qu'une jurisprudence, d'ailleurs singulièrement hardie, en est venue à considérer le refus d'embauchage lui-même comme constituant dans certains cas un abus de droit (1).

Même solution encore en matière d'obligation de ne pas faire. Un commerçant au détail a d'une façon générale le droit d'acheter au prix qui lui convient les marchandises

(1) Trib. civ. Bordeaux, 14 décembre 1903, S. 1905. II. 17 ; Cass., 13 mars 1905, S. 1906.II. 113 ; Trib. comm. Epernay, 28 février 1906 et Trib. civ. Lille, 12 novembre 1906, D. 1908.II. 73. Cf. Morel, *Du refus de contracter en raison de considérations personnelles*, *Rev. trim.*, 1908, p. 296.

qu'il veut revendre ; ce droit découle pour lui du principe de la liberté du commerce ; mais si, en usant de ce droit, ce détaillant nuit au producteur, qui, par l'établissement d'un prix de vente minimum a voulu éviter l'avilissement des cours, lui aussi, commet un abus de droit qui l'expose aux poursuites du producteur.

La théorie que nous avons élaborée va-t-elle ainsi s'absorber en une conception juridique plus vaste ? Dans le « système planétaire toujours mouvant » (1) du droit, n'est-elle pas « une institution juridique particulière qui évolue pour son compte, en des formes à elle spéciales, en même temps qu'elle est entraînée dans le mouvement total » ? (2)

Nous nous refusons à l'admettre. Et d'abord cette théorie de l'abus de droit, qui, dans ces dernières années, a joui, nous le reconnaissons volontiers, d'une réelle fortune, est loin, aujourd'hui encore, d'être universellement adoptée. Certains jurisconsultes éminents (3) la considèrent comme absolument inexacte, comme recouvrant une véritable « logomachie » (4) ; « le droit cesse où l'abus commence » (5), proclame en particulier M. Planiol. D'aucuns, pour la combattre, se bornent à se retrancher derrière l'antique adage : *neminem lædit qui suo jure utitur* ; d'autres creusant davantage, veulent ramener l'idée d'abus de droit à celle de conflit de droits (6) ; d'autres, au point de vue pratique, la jugent essentiellement arbitraire et dangereuse.

Le fondement qu'on prétendrait assigner à la responsa-

(1) Picard, *Le droit pur*, p. 292.
(2) Picard, *ibid.*
(3) V. en particulier : Esmein, note au S. 98.I.17.
(4) Planiol, *Traité élémentaire*, t. II, n° 871, p. 284.
(5) Planiol, *ibid.*
(6) Marc Desserteaux, *Abus de droit ou conflit de droits*, *Rev. trim.*, 1906, p. 119 sq.

bilité du tiers serait, on le voit, singulièrement fragile et chancelant Pour tous ceux qui repoussent l'idée d'abus de droit, notre théorie conserve naturellement toute sa valeur. Mais allons plus loin. Admettons le bien-fondé de la notion d'abus de droit. La théorie que nous avons élaborée n'en aurait pas moins, à notre avis, son utilité, car il nous paraît difficile, sinon même impossible, d'englober dans l'abus de droit, quelle que soit d'ailleurs la conception qu'on s'en fasse, les hypothèses que nous avons étudiées. S'attache-t-on à un critérium subjectif, décide-t-on qu'il y aura abus de droit lorsqu'un acte aura été accompli dans la seule intention de nuire (1) ? Dans presque aucune de nos hypothèses, on ne pourra relever un abus de droit. Le tiers qui pousse un débiteur à violer son engagement n'a pas pour but exclusif de porter préjudice au créancier ; il entend se procurer un avantage, un avantage personnel et sérieux. Préfère-t-on, adoptant un critérium objectif, déclarer que l'abus de droit est l'exercice d'un droit dans un but autre que celui que le législateur a eu en vue (2) ? On n'arrive guère mieux, croyons-nous, à expliquer nos solutions. Ainsi reprenons l'exemple du marchand qui vend au rabais ; dira-t-on qu'il détourne de son but social le droit de vendre qui lui appartient ? Un juge épris des conceptions de l'économie politique libérale se refusera toujours à l'admettre. D'autres peut-être l'admettraient. Mais qui ne voit le danger de ces contradictions, de ces incertitudes ? La théorie de l'abus de droit est, en notre matière, ou trop étroite, ou trop large ; elle ne répond pas au but qu'il convient d'atteindre : donner au créancier le maximum de garantie compatible avec la liberté des tiers.

(1) Josserand, note, D. 1908.II.73.

(2) Porcherot, *De l'abus de droit*, Th. Dijon, 1901, p. 149.

Mais, diront d'autres adversaires (1), cette liberté des tiers que vous prétendez sauvegarder, n'allez-vous pas vous même, sous couleur de responsabilité civile du tiers complice, la compromettre et la ruiner?

C'est là une objection dont on ne saurait se dissimuler la gravité. De plus en plus, et à juste titre, le droit perd son caractère scolastique de science rigoureusement théorique, poursuivant aveuglément des déductions abstraites ; de plus en plus on reconnaît que, pour faire œuvre utile, il faut avant de proposer une théorie en examiner la répercussion au double point de vue économique et social. Négliger ces considérations pratiques, ce serait, suivant la mordante expression d'Ihering, se livrer au « travail malsain du jurisconsulte de cabinet ».

Mais l'objection est-elle fondée? Nous prétendons qu'elle ne l'est pas.

Et tout d'abord, nous l'avons vu, il ne s'agit pas là d'un système soudainement éclos dans l'esprit d'un juriste. La théorie de la responsabilité civile du tiers complice, sous quelques-unes de ses formes du moins, est devenue classique. Déclarer responsable, d'accord avec les tribunaux et les auteurs, le tiers qui incite un vendeur d'immeuble à méconnaître un contrat antérieurement passé, c'est s'en proclamer un adepte. Sur la pierre de touche de l'expérience l'idée a fait ses preuves. Les solutions de la jurisprudence où nous avons cru en découvrir des applications n'ont pour la plupart soulevé aucune protestation ; c'est seulement en ces dernières années, à propos de quelques-unes de ses décisions les plus hardies (2) qu'elle s'est attiré, à côté

(1) Lallier, note, *Ann. prop. ind.*, 1906, p. 137.

(2) Les critiques de M. Lallier, dans sa note précitée, intervenaient à propos de la défense de vendre au-dessous d'un certain prix.

d'éloges, certaines critiques. Comment cette théorie, si elle était, comme on a voulu le prétendre, contraire à la liberté du commerce, aurait-elle échappé aux attaques de ce XIXe siècle, si vivement imprégné des principes de concurrence à outrance et de « darwinisme social » (1) ?

Affranchir le tiers de toute responsabilité, ce serait méconnaître les tendances économiques modernes. De plus en plus aujourd'hui on s'élève contre la concurrence excessive (2). Trusts et cartells se créent pour en réprimer les abus. De plus en plus aussi on se préoccupe de faire régner la loyauté dans les relations commerciales : l'Allemagne, dans une loi récente (3), multiplie les cas de répression de la concurrence déloyale. De plus en plus on reconnaît que l'idée de liberté commerciale ne doit pas abriter sous son égide les actes de fraude et de mauvaise foi.

Repousser la notion de responsabilité civile du tiers complice, ce serait s'avouer désarmé dans des hypothèses où la conduite du tiers est particulièrement répréhensible, ce serait refuser toute protection à la victime de machinations coupables dans des cas où elle en aurait particulièrement besoin. Lorsqu'en effet l'acte que le débiteur est tenté d'accomplir tombe sous le coup de la loi pénale, ainsi lorsqu'il constitue un abus de confiance, le débiteur hésitera souvent à s'en rendre coupable. La crainte du gendarme, dit un vieux proverbe, est le commencement de la sagesse. La prison qui le menace retiendra souvent le débiteur insolvable qui aurait envie de léser les droits de son créan-

(1) Sraffa, *Rivista di diritto commerciale*, 1904.I.66.

(2) Boissard, *La lutte contre la concurrence excessive*, *Le mouvement social*, 1909.

(3) Loi du 7 juin 1909, *Ann. prop. ind.*, 1910. III, p. 32 sq.; *Ann., de dr. comm.*, 1910, p. 180.

cier. A cette protection très efficace que lui assure la loi pénale vient encore s'adjoindre pour le créancier la responsabilité des complices, responsabilité civile aussi bien que responsabilité pénale. Supposons au contraire, comme c'est précisément le cas dans les hypothèses que nous avons étudiées, que l'acte du débiteur ne soit pas punissable pénalement. Le créancier sera réduit à exercer un recours illusoire contre un débiteur insolvable. Sur ce terrain où la loi civile, pas plus que la loi pénale, ne pourra atteindre, va se développer et prospérer toute une industrie bien connue, l'industrie des *hommes de paille*. A l'abri de ces hommes de paille, côtoyant à chaque instant la loi pénale tout en ayant l'habileté d'échapper à son étreinte, agiront les spéculateurs peu scrupuleux, qui, en pleine sécurité, pourront se livrer à toute une série d'opérations plus ou moins malhonnêtes que réprouvera la loi morale, mais devant lesquelles la loi civile devra avouer son impuissance.

La multiplication des hommes de paille, il y a là un danger très réel, danger si réel que certains (1), pour l'enrayer, ont cru devoir recourir au *deus ex machina* qu'immédiatement on implore lorsqu'on veut atteindre un résultat quelconque, au législateur (2). Se tournant vers le législateur, ils lui ont demandé d'ériger en délit pénal toute violation intentionnelle de contrat, moins d'ailleurs, déclarent-ils, pour atteindre les hommes de paille eux-mêmes que pour permettre un recours contre leurs complices (3).

C'était là un remède qui dépassait le but qu'on voulait

(1) Byloff, *Vertragsbruch und Strafrecht*, Graz, 1905, p. 91-93.

(2) Cf. sur cette tendance à recourir au législateur, les réflexions de M. Eug. Gaudemet, *Les codifications récentes et la révision du Code civil*, *Livre du centenaire du Code civil*, 1904, t. II, p. 967-986.

(3) Byloff, *op. cit.*, p. 93.

atteindre. La peine, pour conserver sa valeur, ne doit pas être multipliée à l'excès. « L'épée qui a servi à couper du bois, disent les Allemands, le jour de la bataille, refuse le service. (1) » Eriger en délit pénal toute violation intentionnelle d'un contrat, ce serait, au mépris de toute l'évolution juridique, agrandir le champ d'application de la peine, alors que, suivant la grande loi d'Ihering, l'histoire de la peine est une perpétuelle abolition ; ce serait, contrairement à toutes les traditions, proclamer l'abdication du droit civil devant le droit pénal. Si le droit primitif était obligé, pour sauvegarder les droits du créancier, de menacer le débiteur malhonnête de véritables peines, le droit moderne a reconnu que, plutôt que des châtiments corporels, le préjudice causé au créancier exigeait une réparation.

Or cette réparation, nous l'avons vu, l'idée de responsabilité civile du tiers complice la procure efficacement. La jurisprudence dès maintenant l'a compris ; en des espèces fort hétérogènes, dans une mesure d'ailleurs variable et incertaine, elle en a fait des applications ; le rôle de l'interprète n'était pas de révéler une théorie nouvelle, il était seulement de substituer à « un droit purement empirique, simple collection d'espèces sans lien », condamné à « s'écrouler au premier choc...un droit bien construit » qui, « pourvu qu'il ne soit pas construit en dehors des réalités, pourra offrir certains éléments de résistance (2). »

C'est la tâche que nous avons entreprise. Les décisions éparses assuraient la protection du créancier et de cela on

(1) Krohne, cité par Franck, *Die Ueberspannung der staatlichen Strafgewalt, Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft*, t. XVIII, 1897, p. 731.

(2) Marc Desserteaux, *Des accidents du travail qui donnent droit à plusieurs indemnités*, Th. Dijon, 1909, p. 11.

devait se réjouir. Mais par leur incertitude et leur imprécision elles pouvaient sembler menaçantes pour la liberté des tiers. Il y avait là un écueil à éviter ; il fallait en des limites étroites et nettement marquées restreindre les cas où un tiers pourrait être déclaré complice. Et si, pour satisfaire aux légitimes aspirations du créancier, le droit civil offrait le remède excellent de la réparation, nous n'avons cru pouvoir mieux faire pour assurer aux tiers la sécurité à laquelle ils ont droit que d'emprunter au droit pénal ses cadres rigides, garantie précieuse de la liberté individuelle. Nous inspirant des idées modernes, nous avons pensé que le droit n'est pas divisé en domaines tout à fait étrangers séparés par des cloisons étanches (1), nous nous sommes rappelé que le terrain de la responsabilité surtout est un véritable carrefour vers lequel convergent et d'où rayonnent toutes les branches du droit et, coulant dans le moule solide de la complicité pénale la pâte si molle et si malléable de la responsabilité civile, nous avons tenté de modeler la théorie de la responsabilité civile du tiers complice.

(1) V. en particulier pour la compénétration du droit civil et du droit pénal : Menger, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, Tübingen, 1890, p. 140.

Vu :
Le Doyen de la Faculté de droit
de l'Université de Dijon,
E. BAILLY.

Vu :
Eug. GAUDEMET.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie,
E. BOIRAC.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION 1

Exposé du problème. — Son intérêt théorique. — Son intérêt pratique. — Méthode et plan.

PREMIÈRE PARTIE

Hypothèses et solutions.

PRÉAMBULE 13

CHAPITRE I. — **Violation d'une obligation de donner** . . 16

Comment se pose la question de responsabilité civile du tiers complice : — Sur le terrain de l'histoire du droit. — Sur le terrain du droit français actuel. — Sur le terrain du droit comparé. — Division.

SECTION I. — *Obligation de donner ayant pour objet un immeuble* 22

I. — Les bases du problème. — Rappel des principes du Code civil et de la loi du 23 mars 1855. — II. — Des moyens proposés en vue d'atteindre le tiers complice. — 1. — Action paulienne. — 2. — *Fraus omnia corrumpit.* — 3. — Article 1382 du Code civil. — III. — Valeur comparée de ces différentes solutions. — Conclusion en faveur de l'idée de responsabilité civile du tiers complice.

SECTION II. — *Obligation de donner portant sur un meuble.* . 40

§ 1. — *Navires.* 40

Peut-on étendre à l'hypothèse de mutation en douane les solutions admises pour la transcription ? Réponse négative de la doctrine. — Réponse incertaine de la jurisprudence.

§ 2. — *Autres meubles corporels.* 43

I. — Ce qu'il faut admettre pour que se pose la question de responsabilité civile du tiers complice. — II. — Thèse d'après laquelle la propriété des meubles corporels, transférée *inter partes* du jour de la convention, ne le serait à l'égard des tiers qu'à partir de la tradition. — Critique des théories adverses. — III. — Cette thèse adoptée, la solution donnée par l'article 1141 du Code civil s'explique-t-elle par l'idée de responsabilité civile du tiers complice ?

§ 3. — *Créances transmissibles par les modes du droit civil.* 56

I. — Comment se pose en matière de cession de créance le problème de la responsabilité civile du tiers complice. — Double hypothèse. — II. — Solutions de la doctrine. — Comparaison avec celles admises en matière de transcription. — III. — Solutions de la jurisprudence. — Comment on paraît s'en être exagéré l'incohérence.

§ 4. — Titres nominatifs. 68

L'arrêt de la Cour de cassation du 10 janvier 1905. — Sa portée.

CHAPITRE II. — **Violation d'une obligation de faire** . . . 71

Conséquences possibles de la responsabilité civile du tiers complice. — Nullité ou dommages-intérêts.

Section I. — *Rupture d'une promesse unilatérale de vente.* . 73

I. — Promesse unilatérale de vente proprement dite. — Sa nature juridique. — Son utilité économique. — Comment se pose le problème de la responsabilité civile du tiers complice. — Sa portée réduite dans le système qui considère la promesse unilatérale de vente comme engendrant un droit réel conditionnel. — Son importance dans le système plus exact de l'obligation de faire. — Solutions de la jurisprudence. — II. — Pacte de préférence. — Assimilation à la promesse unilatérale de vente.

Section II. — *Rupture des obligations dérivant du bail* . . . 83

I. — Violation de l'obligation de délivrance. — Baux de plus de 18 ans. — Baux de moins de 18 ans. — II. — Violation de l'obligation tendant à procurer la jouissance paisible des lieux loués. — Explication de la

jurisprudence qui reconnait au preneur un droit réel ou tout au moins un droit mixte.

Section III. — *Débauchage d'employés, d'artistes, de domestiques.* 89

Introduction. — Les données de l'histoire, du droit comparé et des textes. — I. — Débauchage d'employés. — II. — Débauchage d'artistes. — III. — Débauchage de domestiques.

Section IV. — *Rupture du contrat de travail.* 102

I. — Aspect économique du problème. — Les agissements des syndicats et l'intervention des tiers dans les grèves. — II. — Fondement de la responsabilité civile du tiers intervenant. — 1. — Système d'après lequel sa responsabilité serait absolument indépendante de celle du patron ou de l'ouvrier, partie au contrat de travail. — 2. — Système d'après lequel sa responsabilité civile s'expliquerait par une idée de complicité. — III. — Influence de cette dernière conception sur les solutions de la jurisprudence.

CHAPITRE III. — **Violation d'une obligation de ne pas faire.** 115

L'idée de responsabilité civile du tiers complice se rencontre-t-elle en matière d'obligations de ne pas faire ? Objection. — Réfutation.

Section I. — *Violation d'une clause de non concurrence.* . . . 118

I. — Importance économique des clauses de non-concurrence. — Leur développement à l'époque contemporaine. — Dans quelle mesure la jurisprudence en admet la validité. — Comment se pose la question de responsabilité civile du tiers complice. — II. — Solutions de la jurisprudence française. — Son évolution. — Rapprochement avec la jurisprudence étrangère. — III. — Tentative d'explication de la doctrine. — Appréciation critique.

Section II. — *Violation des obligations du mandataire* . . . 135

I. — Obligation pour le mandataire de ne passer aucun acte contraire aux intérêts de son mandant. — La violation de cette obligation, dans l'hypothèse où elle ne

constitue pas un abus de confiance, entraîne-t-elle, sous forme de nullité ou autrement, responsabilité à la charge du tiers qui s'en est rendu complice. — II. — Hypothèse du mandataire ordinaire. — III. — Hypothèse des gérants et administrateurs de sociétés.

Section III. — *Violation d'une clause d'inaliénabilité*. . . . 146

Variété des clauses d'inaliénabilité. — Défense d'aliéner proprement dite et défense d'aliéner au-dessous d'un certain prix ; leur rapprochement nécessaire.

§ 1. — Défense d'aliéner proprement dite 147

I. — Données fondamentales du problème de la responsabilité civile du tiers complice. — 1. — Validité des clauses d'inaliénabilité. — 2. — Analyse de la défense d'aliéner en une simple obligation de ne pas faire. — Systèmes dissidents. — II. — Supériorité du système de l'obligation de ne pas faire. — 1. — Au point de vue théorique. — 2. — Au point de vue pratique : comment il est possible d'en combler les lacunes à l'aide de la responsabilité civile du tiers complice. — 3. — Au point de vue de l'histoire et du droit comparé. — III. — Comment il est permis d'invoquer la jurisprudence à l'appui de la théorie proposée. — 1. — Arguments tirés de son évolution. — 2. — Argument tiré d'une jurisprudence parallèle. — 3. — Arguments tirés de quelques-unes de ses solutions.

§ 2. — Défense de vendre au-dessous d'un certain prix. 171

I. — Importance particulière du problème de la responsabilité civile du tiers complice. — II. — Décisions de la jurisprudence française et de la jurisprudence belge. — III. — Leur portée exacte.

DEUXIÈME PARTIE

Essai de synthèse.

Préambule. 181

CHAPITRE PREMIER. — **Possibilité de construire une théorie générale de la responsabilité civile du tiers complice.** 183

I. — Objection tirée d'une interprétation extensive de l'action paulienne. — Réfutation. — Comment au contraire l'action paulienne peut être envisagée comme un dérivé de la théorie plus générale de la responsabilité civile du tiers complice. — II. — Objection tirée de l'existence au profit du créancier d'un droit plus fort qu'un droit personnel. — Réfutation. — III. — Objection tirée d'un prétendu phénomène de survivance historique, le maintien d'anciennes conceptions pénales. — Réfutation.

CHAPITRE II. — **Fondement de la théorie** 199

I. — La responsabilité du tiers est-elle contractuelle ou délictuelle ? — Rejet de l'idée de responsabilité contractuelle. — Comment au contraire est admissible l'idée de responsabilité délictuelle. — Portée limitée de l'article 1165 du Code civil. — Division. — II. — Une partie peut-elle se prévaloir d'un contrat en vue d'obtenir d'un tiers la réparation d'un délit ? — Solution affirmative. — Exemples tirés de la jurisprudence. — III. — Peut-on découvrir à la charge du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle un délit ? — 1. — Théorie d'après laquelle le fait du tiers constituerait en lui-même un délit et entraînerait à sa charge une responsabilité indépendante de celle du débiteur. — Son rôle en Allemagne dans l'interprétation du paragraphe 823 B. G. B. — Ses conséquences. — Objections théoriques. — Objections pratiques. — Son insuccès en Allemagne. — Son impuissance à expliquer les solutions admises en France. — 2. — Théorie d'après laquelle le fait du tiers emprunterait son caractère de délit à celui du débiteur lui-même. — *a*) Réfutation de l'opinion d'après laquelle la violation d'une obligation contractuelle ne pourrait jamais constituer un délit. — *b*) Exagération de la thèse contraire suivant laquelle la violation d'une obligation constituerait toujours un délit. — *c*) Cas dans lesquels la violation d'une obligation contractuelle peut être érigée en délit. — Discussion relative à l'hypothèse d'inexécution dolosive. — Conclusion : l'inexécution dolosive, constituant un délit, entraîne, par application des principes, responsabilité civile à la charge du tiers complice.

CHAPITRE III. — **Etendue et conditions d'application de la responsabilité civile du tiers complice** 237

I. — Etendue de la responsabilité. — Solidarité du débiteur et du tiers. — II. — Conditions d'application de la responsabilité. — Possibilité de transporter en droit civil la notion de complicité pénale. — Confirmation tirée de la jurisprudence. — 1. — Elément intentionnel. — 2. — Elément matériel.

CONCLUSION. 251

Utilité théorique et pratique du système proposé. — I. — Il ne fait pas double emploi avec la théorie de l'abus de droit. — II. — Il donne au créancier le maximum de garantie compatible avec la liberté des tiers.

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne).

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne)